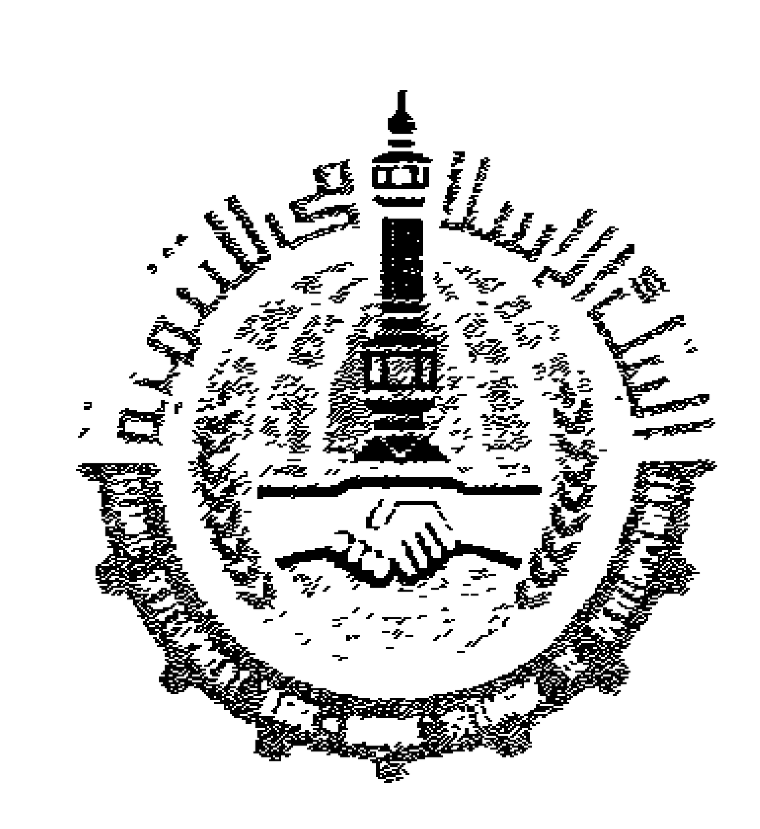


سلسلة محاضرات العلماء البارزين
رقم (٣)

فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة

المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - البنك الإسلامي للتنمية
جدة ، المملكة العربية السعودية

البنك الإسلامي للتنمية
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب

فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة

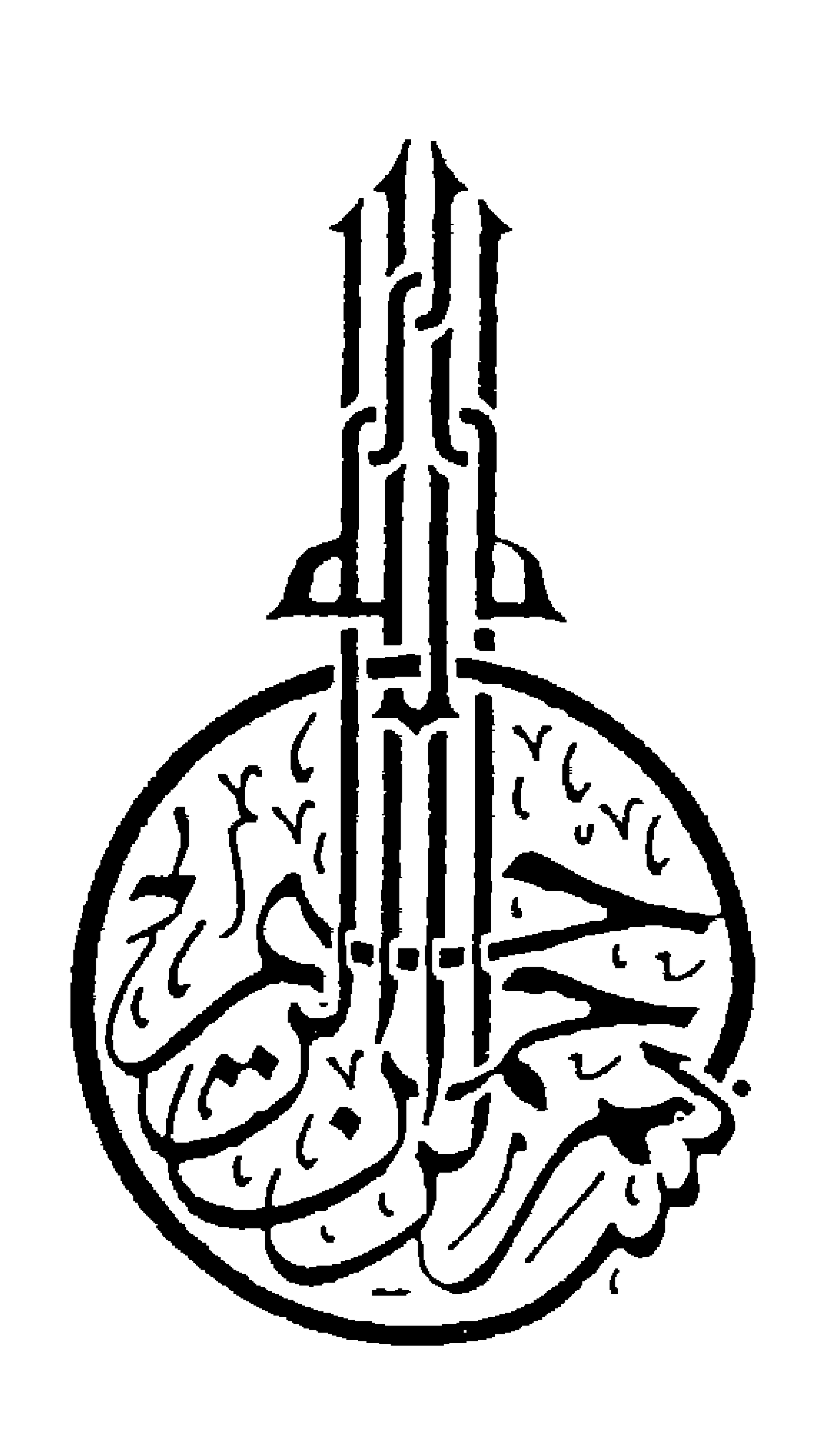
أ. د. حسين حامد حسان

سلسلة محاضرات العلماء البارزين
رقم (٣)

سلسلة محاضرات العلماء البارزين — رقم ٣

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ (١٩٩٣م)

الناشر :
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنك الإسلامي للتنمية
هاتف ٦٣٦١٤٠٠
فاكس ٦٣٧٨٩٢٧ / ٦٣٦٦٨٧١
تلكس ٦٠١٩٤٥ / ٦٠١١٣٧
برقيا : بنك إسلامي — جدة
ص.ب ٩٢٠١
جدة ٢١٤١٣
المملكة العربية السعودية


بسم الله الرحمن الرحيم

المحتـــوى

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــــوع	الصفحة

تقديم

قامت رسالة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية على المبادرة بتقديم الدراسات والبحوث والتدريب في مجال تطبيق الشريعة الإسلامية الغراء في جوانب الحياة الاقتصادية والمالية والمصرفية للشعوب والمجتمعات الإسلامية ، وذلك تنفيذاً لما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية تأسيس البنك التي صادقت عليها حتى عام ١٤١٤هـ ست وأربعون دولة إسلامية في آسيا وإفريقيا وأوروبا .

وفي إطار تنشيط البحوث والدراسات في جوانب الاقتصاد الإسلامي ، أقام المعهد برنامجاً للمحاضرات في جوانب فقهية أساسية ذات تأثير محوري على البنية الأساسية للفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر . ولقد بدأ هذا البرنامج في شهر رمضان المبارك من العام ١٤١٣هـ حيث قدمت ثلاثة أبحاث رائدة في **فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة ، وفقه المصلحة العامة وتطبيقاته المعاصرة ، وفي الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة .**

ويأتي البحث الراهن حول « **فقه المصلحة العامة وتطبيقاته المعاصرة** » ثاني حلقة في هذه السلسلة من الأبحاث ، وهو موضوع المحاضرة الرمضانية الثانية لعام ١٤١٣هـ التي قدمها الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان . والدكتور حسين هو رئيس الجامعة الإسلامية العالمية في إسلام أباد بالباكستان ، وهو أستاذ علم الأصول في جامعتي القاهرة بمصر وأم القرى بمكة المكرمة ، وصاحب المؤلفات العديدة في أصول الفقه بشكل عام وفي المصالح المرسلة بشكل خاص .

وهو يقدم في بحثه حول فقه المصلحة التصور الشرعي الإسلامي لمسألة المصلحة العامة وارتباطها بالتشريع ، وشروطها وآفاقها الفقهية ، ثم يستعرض

عدداً من التطبيقات المعاصرة لفقه المصلحة في القضايا المستجدة في جوانب المعاملات المالية والاقتصادية الحديثة .

والله نسأل أن يجعل في هذا الجهد المبارك إضافة مفيدة إلى المكتبة الإسلامية ، يسترشد بها الباحثون في الاقتصاد الإسلامي ويستهدي بها طلاب الحقيقة والصلاح ، وأن ينفع بها المسلمين في جميع أقطارهم ومجتمعاتهم .

أ. د. عبدالحميد حسن الغزالي
مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب

تمهيد

إن عظمة الإسلام وسمو شريعته ووفاء نظامه بحاجات الأمم ومصالح الشعوب أضحت حقيقة لاجدال فيها ، جاءت نصوص الشريعة نفسها مقررة لها ، ثم كان تاريخ المسلمين الأول أكبر شاهد وأقوى دليل على صدقها ، وأخيراً اعترف بذلك أساتذة الغرب وفقهاؤه .

فبفضل إيمان المسلمين بهذا الدين ، واتباعهم لتعاليمه ، وتطبيقهم لنظمه عزوا وسادوا ؛ فكانوا قادة الدنيا ، وأئمة البشرية ، وأساتذة العالم ، حملوا مشعل النور والهداية فأضاءوا للبشرية طريق الخير ، ولقنوها مبادئ الحق والعدل ، والحرية والإخاء والمساواة ؛ فكانوا بحق خير أمة أخرجت للناس .

ولقد بدأ رجال الفقه في الشرق والغرب يولون وجوههم شطر الفقه الإسلامي ، ويفتحون عيون شعوبهم على ما في هذا الفقه من مبادئ سامية ونظم عادلة ، قادرة على تحقيق مصالح الفرد والجماعة وافية بحاجات الأمم والشعوب ، مع دقة بالغة في الصناعة ، وعظمة وبراعة في الأسلوب لا يداني فيهما الفقه الإسلامي فقه آخر .

وإذا كانت عظمة الإسلام وسمو شريعته تتمثلان في قدرة هذه الشريعة على مسايرة مصالح الناس وتلبية حاجاتهم كان لنا أن نتساءل عن المنهج الذي سلكته الشريعة في تلبية هذه الحاجات ، وتحقيق تلك المصالح .

هل يعني كمال الشريعة ووفاء نظامها بحاجات الجماعة ، وأنها جاءت بالأحكام المحققة لهذه المصالح في كل ما يجد من الوقائع ، ويحدث من المشاكل أن يجد الفقيه نصاً شرعياً بإزاء كل واقعة تعرض عليه . أم أن الشريعة لم تنص على حكم كل واقعة عيناً ؟ وإذا كانت الشريعة لم تنص على حكم كل واقعة عيناً ، فكيف يبحث الفقيه عن الحكم الذي يحقق المصلحة في النوازل والوقائع التي ليس

فيها نص حكم شرعي ، وهل يسع الفقيه في التعرف على هذا الحكم أن يعتمد على العقل وحده دون الرجوع إلى النصوص الشرعية أو الاستناد إليها ؟ أم أنه ملزم في طلب هذا الحكم بالرجوع إلى هذه النصوص بشكل ما ؟ وهل يمكن القول بأن نصوص الشريعة تتقاعد عن تحقيق المصالح ؟ أو تأتي مضادة لهذه المصالح أحياناً ؟ وماهي طرق الاستدلال ومناهج التفسير التي يتقيد بها المجتهد في استنباط الأحكام التي تحقق المصالح في الوقائع والنوازل التي لم يرد فيها نص شرعي ؟ إن فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة تتكفل بتقديم الإجابات الصحيحة لهذه الأسئلة .

وسوف نعرض لهذا الموضوع في مقدمة ومباحث .

مقدمة في التعريف بالمصلحة

المصلحة في اللغة :

المصلحة في اللغة هي المنفعة حقيقة ، وتطلق مجازاً على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع فيقال : إن التجارة مصلحة ، وطلب العلم مصلحة فهما سببان للمنافع المادية والمعنوية . والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة ، كما أن النفع نقيض الضرر . أما المنفعة فهي اللذة تحصيلا أو إبقاء . والمراد بالتحصيل جلب اللذة ، وبالإبقاء المحافظة عليها . (القاموس المحيط جـ ١ ص ٢٧٧) .

المصلحة في الشـــرع :

عرف الغزالي المصلحة بقوله : « أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعني به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحسين مقاصدهم لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول مفسدة ودفعه مصلحة ، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس » (المستصفى جـ ١ ص ٢٨٦) .

فالمصلحة في الأصل ـــ ويعني به العرف ـــ جلب النفع ودفع الضرر ، ولكن الغزالي لا يقصد بالمصلحة هذا المعنى العرفي وإنما يقصد بها جلب نفع أو دفع ضرر مقصود للشرع ، ومعنى هذا أن الناس قد يعدون الأمر منفعة وهو في نظر الشارع مفسدة وبالعكس فليس هناك تلازم بين المصلحة والمفسدة في عرف الناس ، وفي عرف الشارع فالمصلحة في نظره هي المحافظة على مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس ؛ فإن الأخيرة عند مخالفتها للأولى تكون في الواقع مصالح بل أهواء وشهوات زينتها وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح ،

والغزالي يقرر أن المصلحة بهذا التعريف ترادف المعنى المناسب أو المخيل في باب القياس . ومعنى هذا أن رجوع المصلحة للمقاصد الشرعية في الجملة شرط أساسي لاعتبارها مصلحة أو في اعتبار الوصف الذي يرتب الحكم عليه وصفا مناسباً ، وبعد ذلك بقي النظر في اعتبار الشارع وعدم اعتباره . إذ مجرد حكم العقل برجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية في الجملة ليست ضابطاً كافياً في التعرف على المصالح الشرعية . فقد يلغى الشرع هذا الوصف والمصلحة بنص خاص فتكون مصلحة ملغاة . وقد يعتبر الشارع نوع المصلحة فيكون إثبات الحكم بها من باب القياس الذي هو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع . وقد يكون اعتبار الشارع لجنس هذه المصلحة فتدخل تحت باب الاستدلال المرسل ، وقد يسكت الشرع عن المصلحة فلا يناقضها نص ولا يشهد لجنسها شرع ، فتكون مصلحة غريبة لا يجوز التشريع بناء عليها ؛ لأنها عندئذ ترادف الهوى والتشهى ، وهكذا نجد الغزالي شديد الحذر في فتح باب المصالح ؛ فهو يشترط المناسبة العامة ، ويعني بها دخول المصلحة تحت المقاصد الشرعية ، ثم يشترط شروطاً أخرى زيادة على هذا الشرط في المصلحة ، وهي اعتبار الشارع لها . وعرّف الشاطبي المصلحة المرسلة بأنها كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع مأخوذاً معناه من أدلته ثم قرر حجية الاستدلال المرسل بهذا المعنى فقال : « فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع الأدلة مقطوعاً به لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذى اعتبره مالك والشافعي » (الموافقات جـ ٢ ص ٣٩) .

فالاستدلال المرسل عند الشاطبي هو المصلحة التي لم يشهد لها نص معين بل شهدت عدة نصوص بملاءمتها لجنس تصرفات الشرع .

وعرّف الطوفي المصلحة بقوله : « إنها السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ذلك بحسب العرف وبحسب الشرع هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة » وتعريف الطوفي للمصلحة قريب من تعريف الغزالي ، بل ولا يختلف عنه في المعنى ، والمصلحة عند أهل العرف تطلق على كل

سبب يؤدي إلى النفع ، وقد رأينا الغزالي يعرف المصلحة في الأصل بهذا التعريف ، والطوفي يفرق بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع ، كما فعل الغزالي تماماً فهو يقول : « إن المصلحة هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع أي إلى نفع مقصود للشارع ، وليس إلى مطلق نفع في عرف الناس » فالقصاص مصلحة في نظر الطوفي ؛ لأنه سبب إلى حقن الدماء ، وهو نفع مقصود للشارع ، ولقد رأينا الغزالي يصرح بأن كل ما تضمن حفظ أحد الأصول الخمسة فهو مصلحة فيكون القصاص مصلحة عنده ؛ لأنه يتضمن حفظ النفس إلا أن هذه المصلحة مما ورد فيه بعينه نص .

وهناك فرق في غاية الأهمية بين الغزالي والطوفي فيما يتعلق بالمصلحة كدليل شرعي ؛ فالغزالي ذكر التعريف السابق على أنه تعريف المصلحة ، بمعنى الوصف المناسب ، وليس بمعنى الدليل الشرعي ؛ إذ أنه قسم المصلحة بعد ذلك أقساماً واشترط شروطاً حتى تصلح دليلاً على الأحكام فقال : إن المصلحة بهذا المعنى تنقسم بحسب اعتبار الشارع لها إلى الملغاة والمعتبرة والمرسلة ، وهذه الأخيرة قسمان : ملائمة وغريبة ، أما المصلحة الملغاة والغريبة فليست بحجة عنده قطعاً ، وأما المعتبرة فهي داخلة في باب القياس الذي يشهد له الأصل المعين ، وأما الملائمة فهي التي يأخذ بها دون شهادة الأصل المعين لنوعها ما دامت النصوص قد شهدت لها بالملاءمة لجنس تصرفات الشرع ، بل إنه لم يأخذ بكل مصلحة ملائمة ؛ فقد أخذ بالمصالح الضرورية ، وما جرى مجرى الضروري وافقه المالكية على ذلك كله إلا أنهم أطلقوا القول بالمصالح الملائمة الضرورات والحاجات .

أما الطوفي فإنه يعرف المصلحة التي يحتج بها كدليل شرعي بهذا التعريف ولا يقسمها بعد ذلك بحسب اعتبار الشارع ولا بحسب قوتها في ذاتها ولا بحسب الملاءمة وغيرها ، ولا يشترط في المصلحة أي شرط زائد على رجوعها إلى المقاصد الشرعية العامة ، بل إنه يحكم على هذه التقسيمات بالتكلف والتعسف ، وبذلك يكون الضابط الوحيد للمصلحة كدليل شرعي عنده هو رجوعها إلى المقاصد الشرعية ، في حين أن المالكية وغيرهم يشترطون في المصلحة شروطاً غير ذلك .

والنقطة الهامة التي يجب التنبيه عليها في هذا المقام هي أن الطوفي يعرف المصلحة كدليل شرعي ، في حين أن الغزالي يعرف مطلق المصلحة الشرعية ، ثم يشترط فيها شروطاً بعد ذلك حتى يجوز الاعتماد عليها بمفردها كدليل شرعي على حكم الوقائع غير المنصوص عليها .

تقسيمات المصلحة

أولاً ـــ أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها :

لقد سلك كتاب الأصول في هذا التقسيم طرقاً عدة .

الطريقة الأولى :

تنقسم المصلحة من حيث شهادة الشرع لها بالاعتبار أقساماً ثلاثة :

أولها : مصلحة شهد الشرع باعتبارها ، ويفسرون هذه الشهادة بوجود الأصل الذي يشهد بنوع المصلحة أو جنسها ؛ فتضمين السارق قيمة المسروق ، وإن أقيم عليه الحد زجراً له عن العدوان مصلحة معتبرة ؛ لأن الشارع قد شهد لنوعها ؛ وذلك بحكمه بالضمان على الغاصب لتعديه ، وإعطاء الشارب حكم القاذف إقامة لمظنة القذف وهو الشرب مقام القذف مصلحة شهد الشرع باعتبارها ، وذلك لوجود الأصل الذي يشهد لجنس هذه المصلحة ؛ ذلك الأصل هو إقامة الخلوة مقام الزنا في الحرمة ، وهذا يتضمن مطلق إقامة المظنة مقام المظنون .

وهذه المصلحة تدخل عند هذا الفريق في باب القياس أو هي القياس نفسه ، وذلك لأن الشرط عندهم في القياس أن يوجد الأصل الذي يعتبر الشارع فيه عين المصلحة أو جنسها .

وثانيها : مصلحة شهد الشرع ببطلانها ؛ ويفسرون شهادة الشرع للمصلحة بالبطلان بوجود نص يدل على حكم في الواقعة يناقض الحكم الذي تمليه المصلحة ، ومثلوا لذلك بفتوى أحد الفقهاء لملك جامع في رمضان بالصوم بدلاً من العتق مع أنه واجد للرقبة ، وذلك للمصلحة ؛ وجه المصلحة أن الملك

لا ينزجر عن انتهاك حرمة الصوم بعتق الرقبة لأنه واجد للرقبة ؛ إنما يزجره الصوم ، والكفارة شرعت للزجر . وأما أن هذه مصلحة شهد الشرع ببطلانها فذلك لوجود النص الذي يجعل الكفارة لمن واقع في رمضان هي عتق الرقبة لواجدها ، وبذلك تكون المصلحة قد أوجبت في هذه الواقعة حكماً يناقض الحكم الذي يدل عليه النص .

ويمكن التمثيل لذلك بالقول بأن البنت تساوى الابن في الميراث بدعوى أن المصلحة تقتضي ذلك لتساويهما في درجة القرابة من المورث ، ولأن البنت أصبحت تشارك زوجها في تحمل أعباء الحياة فساوت الابن من هذه الجهة ، وهذه مصلحة شهد الشرع ببطلانها لوجود النص القرآني على أن للذكر مثل حظ الأنثيين .

وكذلك القول بإعطاء الزوجة حق إنهاء الزواج مساواة لها بالزوج ؛ وذلك بحجة أن الزوجة طرف في العقد وحقوق العقد تعود على عاقديه دون تفرقة ، وهذه مصلحة شهد الشرع ببطلانها وذلك لوجود النص الذي يقضي بأن الطلاق لمن أخذ بالساق .

وثالثها : مصلحة لم يشهد الشرع لا ببطلانها ولا لاعتبارها . وليس من اليسير التمثيل لهذا النوع من المصالح بأمثلة واقعة ، بل إن الغزالي أنكر وجود هذا النوع من المصالح على أساس أنه لا يتصور أن توجد واقعة مسكوت عنها في الشرع ؛ لأن هذا يتضمن أن الله قد ترك الناس سدى ، وأن الدين لم يكمل ، وأن النعمة لم تتم ، وهذا خلاف ما أخبر به الشارع سبحانه .

وقد مثل الشاطبي لهذا النوع من المصالح بمثال فردي ، وهو القول بحرمان القاتل من الميراث معاملة له بنقيض قصده ؛ إذا فرض أنه لم يوجد نص شرعي يقضى بهذا المنع ؛ على أن هذا المثال ليس لمصلحة مسكوت عنها ، فإن المعاملة بنقيض المقصود أصل شرعي شهدت له النصوص في الجملة ، والتفريع عليه عمل بمصلحة تلائم جنس تصرفات الشارع .

وقد أخطأ من نسبوا إلى بعض الأئمة القول بهذا النوع من المصالح ؛ فالحق أن أحدا منهم لم يقل بهذا النوع من المصلحة قط .

وهذه الطريقة سار عليها جمهور الأصوليين ، وخالفهم الغزالي ، وقد تبين من هذه الطريقة أن المصلحة المرسلة عند هذا الفريق هي المصلحة التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالبطلان .

الطريقة الثانية :

وهي طريقة الغزالي وقد قسم المصلحة أقساماً أربعة :

أولها : مصلحة شهد الشرع لنوعها ؛ وهي راجعة عنده إلى باب القياس الذي هو اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع ، وهو يعني بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلة هي الموجبة في محل النص ؛ كتعدية الحرمة من الخمر إلى النبيذ بعلة الإسكار التي أوجبت التحريم في محل النص ، وكتعدية وجوب الضمان من الغاصب إلى السارق لعلة التعدي التي أوجبت الحكم في محل النص وهو الغصب .

ثانيها : مصلحة اعتبر الشارع جنسها ويسميها كثيراً مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وقد مثل لها بفتوى الصحابة بإعطاء الشارب عقوبة القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف ، وقد أقام الشارع مظنة الشيء مقام نفس الشيء في أحكام كثيرة كما سنرى فيما بعد .

ثالثها : مصلحة تناقض نصاً شرعياً ؛ ويطلق عليها أحياناً المصلحة الباطلة أو الملغاة ، ويعرفها بأنها ما صادمت في محل نصاً للشرع ؛ بحيث يتضمن اتباعها تغيير الشرع .

ورابعها : المصلحة المسكوت عنها في الشرع ؛ ويسميها أحياناً المصلحة الغريبة ويعرفها بأنها المصلحة التي سكتت شواهد الشرع ونصوصه عنها ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع (شفاء الغليل في مسالك التعليل ص ١٨١) .

والذي يدخل عند الغزالي في المصالح المرسلة هو المصلحة التي اعتبر الشارع جنسها ، أما المصلحة الغريبة والملغاة فهما مردودتان عنده قطعاً ، بل إنه يحكي إجماع أهل العلم على ردهما (المستصفى جـ ٢ ص ٣٠٦) .

أما المصلحة التي شهد الشرع لنوعها ويعبر عنها أحياناً بأنها المصلحة التي يشهد لها النص المعين فهي داخلة عنده في باب القياس ، بل إنها هي النوع الوحيد في القياس ؛ إذ المصلحة التي شهد الشرع لجنسها لا تدخل عنده في باب القياس بل هي المصلحة المرسلة .

الطريقة الثالثة :

قال بها الدكتور مصطفى شلبي ومقتضى هذه الطريقة أن المصلحة إما أن تكون خصوصاً أو مجمعاً عليها بخصوصها أم لا .

الثانية : إما أن تكون معارضة لنص أو إجماع أم لا ، والأولى تسمى مصلحة معتبرة ، والثالثة تسمى مرسلة . والثانية لا تسمى بهذا ولا ذاك بل تسمى معارضة لدليل شرعى آخر .

وأما إلغاؤها أو عدم إلغائها فشيء آخر يختلف باختلاف المذاهب أو باختلاف نوع الدليل المقابل لها ، والذي دعاه إلى رفض التقسيم الذي ارتضاه الجمهور أنه يرى أن المصلحة دليل شرعي كبقية الأدلة ، وأن مجرد معارضة هذا الدليل لنص أو إجماع لا يلغيه ، بل تجري بينه وبين بقية الأدلة قواعد الجمع والترجيح (رسالة تعليل الأحكام ص ٢٨٢) .

والواقع أن تقسيم الأصوليين سليم وليست هناك مصلحة أخذ بها إمام من الأئمة على خلاف نص شرعي ، وما ظنه ذلك الفاضل نصوصاً هو في الواقع ظواهر وعمومات دلالتها على حكم الواقعة المعروضه دلالة ضعيفة ، ولذلك رأينا الغزالي يعبر عن المصلحة الملغاة بأنها المصلحة التي صادمت في محل نصاً للشرع يتضمن اتباعها تغيير الشرع مع قوله بأن المصلحة تقضي بقتل الترس المسلم الذي تترس به المحاربون إذا كان عدم قتله يؤدي إلى هزيمة الأمة وتسلط الكفار عليها

ويخص عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالحَقِّ ﴾ (الأنعام آية : ١٥١) . بهذه المصلحة . ومعنى هذا أن المصلحة في قتل الترس ليست ملغاة ؛ لأن المعارض لها ليس نصاً خاصاً أي يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، وإنما هو عموم ظاهر يحتمل التأويل والتفسير ، فكانت المصلحة الملائمة مفسراً أو مخصصاً له ؛ لأنها مصلحة شهد النص لجنسها ؛ فالنص هو المخصص في الواقع ونفس الآمر .

الطريقة الرابعة :

وهناك فقيه شذ عن الجماعة ؛ فلم ير داعياً لتقسيم المصلحة من حيث الاعتبار والإلغاء إلى المصلحة المعتبرة والملغاة المرسلة ، بل إن المصلحة إن عارضت نصاً خاصاً لم تعتبر وإن عارضت عموماً أو إطلاقاً وجب الجمع بينها وبين هذا العموم بأن تقدم المصلحة على هذا العموم بطريق التخصيص والبيان لا بطريق التعطيل والافتئات ، وذاك هو الطوفي الحنبلي الذي وضع طريقة في العمل بالمصالح ؛ زعم أنه خالف بها كل من سبقه ، وخرج من ذلك بأن المصلحة تقدم على العمومات والظواهر دون النصوص الخاصة القواطع ، وسوف نرى أن نظريته مزيج من المصالح المرسلة وقاعدة سد الذرائع ، وأنه لم يأت بشيء جديد كما يزعم ؛ لأن المصلحة التي عارضت النص الخاص هي المصلحة الملغاة عند الجمهور والمعتبرة هي القياس ، ولم يبق إلا المصلحة المرسلة ، إلا أن هناك بعض الغموض والقصور في نظريته فيما يتعلق بشرط الملاءمة ؛ فإذا فسر كلامه بأنه يقصد المصلحة الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشارع انهارت نظريته من أساسها ؛ لأن مثل هذه المصلحة ليست بحجة قطعاً ؛ لأنها لا يشهد لها أصل شرعي بالاعتبار فضلاً عن أن تعارض العمومات والظواهر وتقدم عليها بطريق التخصيص والبيان . وأما إذا فسر كلامه أنه يقصد المصالح الملائمة التي تشهد النصوص لجنسها فإن المخصص لهذه الظواهر والعمومات سيكون النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ؛ ولقد سبق أن الغزالي يرى أن المصلحة في قتل الترس يخص بها عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إلا بِالحَقِّ ﴾ . وعند التدقيق يظهر لنا أن الطوفي يقصد أن المصلحة هنا هي المصلحة التي لا تشهد النصوص بجنسها .

ثانياً ــ أقسام المصلحة من حيث قوتها في ذاتها :

تنقسم المصلحة من حيث قوتها في ذاتها إلى أقسام ثلاثة : مصلحة ضرورية ، ومصلحة تحسينية ، ومصلحة حاجية ، وقد بسط علماء الأصول القول في تعريف هذه المصالح والتمثيل لها ، ثم ذكروا أن كل رتبة من رتب المصالح يلحق بها ما هو كالتتمة والتكملة لها ، فليراجع التقسيم والتفصيل في كتب الأصول .

وتظهر أهمية هذا التقسيم في النواحي الآتية :

١ ــ نوع المصلحة التي يحتج بها ؛ فالبعض يشترط في المصالح الحاجية والتحسينية الأصل المعين الذي يمكن القياس عليه ؛ إلا أن تجرى هذه المصالح مجرى الضرورات ؛ عندئذ تلحق بالأخيرة ويجوز الحكم بمجردها ولا يلزم بالتفريع عليها وجود الأصل المعين الذي يمكن القياس عليه ما دامت الشروط الأخرى اللازمة للعمل بالمصلحة عنده قد توافرت ، وقد سلك ذلك الغزالي ؛ أما المالكية فإنهم يحتجون بالمصالح الحاجية ، ويضعونها مع المصالح الضرورية في رتبة واحدة ، ولا يشترطون في كل منهما الأصل المعين إن كانت شروط العمل بالمصلحة قد توافرت عندهم ، وقد سار الشاطبي على هذا النهج ؛ أما الطوفي فقد شذ عن هذا الإجماع كما رأينا .

٢ ــ الترجيح بين المصالح المتعارضة : لهذا التقسيم أهمية كبيرة عندما تكون الواقعة الواحدة مناطاً لمصلحتين أو مقصودين ؛ إذ يجب ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى ، وقد قرر كتاب الأصول أن المصلحة الضرورية تقدم على الحاجية ، والحاجية على التحسينية ، كما قرروا أن هناك ترتيباً معيناً للمصالح الضرورية فيما بينها ، بحيث تقدم مصلحة الدين على النفس ، والنفس على العقل ، والعقل على النسل ، والنسل على المال . وأخيراً فإن كل مصلحة مكملة لها من حيث هي تكملة شرط هو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال ؛ فإذا كان اعتبار المصلحة المكملة يؤدي إلى فوات أصلها فإن هذه التكملة يسقط اعتبارها ، وهذا ينطبق على المصالح الحاجية مع

الضرورية ، والتحسينية مع الحاجية ، فإن الحاجية مكملة للضرورية ، والتحسينية مكملة للحاجية . فإذا أدى اعتبار المكمِّل إلى فوات المكمَّل سقط اعتباره . وعلى هذه القاعدة تخرج كثير من الصور الفقهية في باب المصالح المرسلة .

ثالثاً ــ أقسام المصلحة من حيث الشمول :

وهذا التقسيم انفرد به الغزالي حيث يقول : تنقسم المصلحة ... فمنها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة ، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب ، ومنها ما يتعلق بشخص معين في واقعة نادرة .

ومثال المصلحة العامة في حق كافة الخلق : المصلحة القاضية بقتل المبتدع الداعي إلى بدعته إذا غلب على الظن ضرره ؛ وصار ذلك الضرر كلياً ، والمصلحة القاضية بقتل الزنديق المتستر وعدم قبول توبته بعد القدرة عليه . ومثال المصلحة التي تتعلق بالأغلب : تضمين الصناع ؛ فالتضمين به مصلحة لعامة أرباب السلع ؛ فليسوا هم كل الأمة ولا كافة الخلق . ومثال المصلحة الخاصة النادرة : المصلحة القاضية بفسخ نكاح زوجة المفقود ، وانقضاء عدة من تباعدت حيضتها بالأشهر ؛ فإن هذه مصالح نادرة تتعلق بشخص واحد في حالة نادرة .

وتظهر أهمية هذا التقسيم في النواحي الآتية :

١ ــ نوع المصلحة التي يحتج بها ؛ ينسب بعض كتاب الأصول إلى الغزالي القول باشتراط الكلية في كل مصلحة مرسلة ؛ إلا أن الغزالي نفسه يصرح بعكس ذلك ؛ إذ يقول في كتابه (شفاء الغليل) بعد ذكر ذلك التقسيم : « وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً وبشرط ألا يصدم نصاً ولا يتعرض بالتغيير » (شفاء الغليل ص ١٨٤) .

٢ ــ عند الترجيح بين المصالح المتعارضة فالمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة ؛ كتقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة بعض الصناع بالقول بضمانهم ؛ وسنرى أن قاعدة الذرائع تعتمد على هذا الأصل ؛ بأنها المنع من الفعل الجائز في الحالات التي يؤدي فيها إلى مفسدة توازي مصلحة الفعل أو

تزيد ، وعند الموازنة بين المصلحة والمفسدة يؤخذ في الاعتبار عموم المصلحة والمفسدة وخصوصهما .

رابعاً ــ أقسام المصلحة من حيث الثبات والتغير :

صاحب هذا التقسيم هو الدكتور مصطفى شلبي ؛ فقد قسم فضيلته المصلحة إلى قسمين : أولهما : المصلحة المتغيرة بتغير الزمان والبيئات والأشخاص ، وثانيهما : المصلحة الثابتة على مدى الأيام ، وقد ترتب على هذا التقسيم نتيجة في غاية الأهمية ؛ فقرر أن المصلحة المتغيرة تقدم على النص والإجماع في أبواب المعاملات والعادات إذ هي التي قرر فضيلته أن مصالحها غير ثابتة بل يلحقها التغيير والتبديل حسب الأزمان والبيئات والأحوال ، وأما إذا كانت المصلحة من المصالح التي لا تتغير وذلك في أبواب العبادات وحدها فإن النص والإجماع يقدمان فيها على المصلحة ، (تعليل الأحكام للدكتور مصطفى شلبي ٣٢١) .

والخلاصة أن فائدة هذا التقسيم في نظر فضيلته هو أنه يسمح بالقول بتغير الأحكام بتغير المصالح وتقديم المصلحة المتغيرة على النص والإجماع ، ونحن لا نرى ضرورة لهذا التقسيم ولا نسلم الأساس الذي بني عليه ولا الغاية المقصودة منه ، ذلك أن الحكم الشرعي الذي شرع تحقيقاً لمصلحة معينة ثابت لا يتغير ولا يتبدل ؛ لأن المصلحة التي شرع لتحقيقها كذلك ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإننا لا نرى ترك النص لمصلحة قط سواء أكانت هذه المصلحة ثابتة أم متغيرة . وبيان ذلك أن كل دليل شرعي يبنى على مقدمتين : إحداهما ترجع إلى الحكم الشرعي ، والثانية ترجع إلى تحقيق مناط هذا الحكم ، والأولى نقلية والثانية نظرية . فإذا نص الشارع على أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر فإن هذا حكم شرعي تقرر لمصلحة معينة ، وهذا الحكم لا يلحقه التغيير ولا التبديل ؛ لأن المصلحة التي قصد به تحقيقها ثابتة ، كذلك فإذا عرض على الفقيه واقعة مضمونها أن الصانع يدعى تلف السلعة التي لديه دون تعد أو تقصير في حين أن صاحب السلعة لا يوافقه على دعواه ، فإن الفقيه ينظر فيجد أن الغالب على طائفة

الصناع الصدق والأمانة ، فيقول إن الصانع لا يضمن ويصدق في دعواه الهلاك أو التلف ، وليس لرب السلعة عليه إلا اليمين مؤسساً دعواه على أن المدعى هو الذي لا يشهد له الغالب والمدعى عليه ما كان قوله على وفق الغالب ، وحيث إن الغالب على الصناع الأمانة فيكون الصانع مدعىً عليه وصاحب السلعة مدعٍ ، وحيث إن البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فإن على رب السلعة أن يقيم الدليل على تعدي الصانع أو تقصيره ، وهو إذا لم يفعل فليس على الصانع إلا اليمين ، فإذا تغير الزمن وغلب على الصناع الخيانة فإن الفقيه يحكم بتضمين الصانع ، لأنه يعتبر مدعياً حيث إن دعواه على خلاف الظاهر الغالب ، إذ الغالب على الصناع الخيانة فقد تغيرت الفتوى في الحالين ولم يتغير الحكم الشرعي ولا المصلحة التي شرع هذا الحكم لتحقيقها . ومثل هذا يقال في قضية التسعير ومنع سهم المؤلفة قلوبهم وإيقاف حد السرقة عام المجاعة ، فالأحكام الشرعية بعد استنباط مناطها لا يلحقها التبديل ولا التغيير ، وإنما تطبق على الوقائع إذا تحقق فيها مناطها .

عرض مناهج علماء الأصول في الاستدلال المرسل

تعرض الكاتبون في مقاصد الشريعة وأصول الفقه لدراسة المصلحة في مواضع ثلاثة : أولها : المصلحة كأساس للتشريع ، وثانيها : المصلحة كأساس لتفسير النصوص ، وثالثها: المصلحة كدليل شرعي عند عدم وجود النص الذي يدل على حكم الواقعة بلفظه .

المصالح كأساس للتشريع :

اتفقت كلمة هؤلاء الكاتبين قديماً وحديثاً على أن الشارع سبحانه قاصد بشريعته تحقيق مصالح العباد ، ودفع الضرر والفساد عنهم في العاجل والآجل . فكل نص نزل وكل حكم شرع قصد به تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة ، ظهرت للمجتهد أو خفيت عليه ، وقد استدلوا على ذلك بالاستقراء المفيد للقطع من نصوص الكتاب والسنة التي جاءت معللة للحل والتحريم والإيجاب والندب بعلل وحكم ومصالح تعود على المكلفين في العاجل والآجل .

المصلحة أساس لتفسير النصوص :

وبناء على أن الشارع الحكيم قاصد بشرعه تحقيق مصالح العباد ودفع الفساد عنهم ، فإنه إذا وردت نصوص شرعية تحتاج إلى التفسير والبيان فإن هذه النصوص الشرعية من الكتاب والسنة تُفسَّر ويحدد نطاق تطبيقها ومجال إعمالها في ضوء المصالح التي وردت هذه النصوص لتحقيقها والحكم التي جاءت من أجلها ، وسوف نرى أن جميع المدارس الفقهية قد تبنت هذا المنهج واستنبطت على أساسه كثيراً من الأحكام الشرعية . وهذا المنهج لا يلتزم التفسير الحرفي للنص الشرعي ، بل يستلهم الحكم والمصالح التي جاءت النصوص لغايتها مسترشداً بما عُرف من عادة الشرع في الأحكام مستعيناً بروح الشريعة وعللها المنصوصة ، وأحكامها المستنبطة ، فإذا ما توصل إلى هذه الحكمة وتعرف على تلك المصلحة فسر النص في ضوئها وحدد نطاق تطبيقه ومجال إعماله على أساسها ، وقد ظن

بعض الكتاب المحدثين أن هذا المنهج استدلال المصالح المرسلة ، وأنه قد خُص فيه النص بالمصلحة ، وهذا خطأ في الفهم تصدى لبيانه الثقات من علماء الأصول ، فأثبتوا أن هذا المنهج هو استدلال بالنص وتفسير له في ضوء المعنى المناسب ، لتبادر منه للفهم والذي يدل عليه السياق ، وبينوا أن جميع العلماء يعتمدون عليه في الاجتهاد ، ويصدرون على أساسه الفتاوي . وعلى كل حال فإن هذا المنهج في التفسير مبني على الأصل المتقدم وهو اعتبار المصالح في الأحكام ، وأن الشارع قاصد بشرعه تحقيق مصالح الناس .

وإليك بعض تطبيقات هذا الأصل :

١ ـ نهى النبي ـ ﷺ ـ عن بيع المدبر وهو العبد الرقيق الذي قال له سيده : أنت حر بعد موتي ، والنهي يقتضي فساد المنهى عنه ، وهذا يعني وفقاً لقواعد التفسير الأصولية أن السيد إذا باع عبده المدبر كان البيع باطلاً ، والباطل لا يترتب عليه أثر ، فلا ينتقل به الملك من البائع إلى المشتري ، ومع ذلك فقد قال المالكية : إن المشتري للعبد المدبر إذا أعتقه صح العتق ومضىٰ البيع ، مع أنه أعتق ما لايملك ؛ لأن العقد الذي اشترى به كان باطلاً عديم الأثر ، وأساس هذا الحكم هو تفسير الحديث في ضوء المصلحة التي جاء الحديث لحمايتها ، بحيث يكون التفسير المقبول هو الذي يحقق هذه المصلحة لا الذي يناقضها أو يعطلها ولو كان متفقاً مع أصول تفسير اللغة وحرفية الألفاظ ، وهنا يسأل الفقيه المجتهد نفسه عن المصلحة التي قصد الشارع حمايتها بالنهي عن بيع المدبر ؛ لأن كل نص قصد به تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة ، ولم يرد هذا النص عن الشارع عبثا ، ويبحث وفقاً لأصول البحث الأصولي ، فيجد أن المصلحة تعود على العبد المدبر أي مصلحة في العتق ، فالنبي عليه السلام نهى عن بيعه حتى لا يفوت البيع عليه الحرية إذا مات سيده ، وليست المصلحة عائدة إلى السيد ولا إلى المشتري منه ، ولما كان البيع الذي تلاه عتق قد حقق المصلحة على الوجه الأكمل في الحال ؛ فإن هذا البيع يمضي والعتق يصح ؛ لأنه تحرير في الحال فلا يترك لتحرير في المستقبل .

٢ ــ يقول الإمام الغزالي في تفسير قوله تعالى : ﴿ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ... ﴾ (البقرة آية : ٢٨٢) . لو لم يشترط الشارع العدالة في الشهود لقلنا بها ، ذلك أن قصد الشارع من الشهادة هو إثبات الحقوق والحقوق لاتثبت بفاسق .

٣ ــ نهى النبي ﷺ عن تلقي الركبان ، والركبان هم الجالبون للسلع أي المستوردون ، وتلقيهم يعني لقاؤهم في الطريق قبل دخول الأسواق وشراء السلع والبضائع منهم ، وبذلك لا يلتقي العرض بالطلب ، أي لا تتحقق السوق اللازمة لتحديد السعر العادي ، والقاعدة العامة أن النهي يقتضي الفساد ، ولكن ما الحكم إذا حدث التلقي ووقع الشراء من الركبان قبل هبوط الأسواق ؟ هل يكون البيع باطلاً يجب فسخه ؟ أم يكفي إعطاء الركبان حق الخيار إذا ظهر لهم أنهم باعوا بثمن أقل من ثمن المثل بكثير ؟ اختلف المجتهدون في التفسير بناء على قاعدة التفسير في ضوء المصلحة التي قصد بالنص حمايتها . فمن قائل إن المصلحة التي قصد النص حمايتها هي حماية الركبان أي التجار ؛ لأنهم إذا باعوا قبل نزول السوق ، فإنهم قد يبيعون بأقل من ثمن المثل لعدم إطلاعهم على الأسعار ، وهنا لا يكون الحكم هو البطلان ؛ لأن البطلان خلاف الأصل ، ولا يصار إليه إلا إذا اقتضته المصلحة ، بل الحكم هو إعطاء التجار حق الخيار مع صحة البيع ، فإن هبطوا السوق فعلموا أنهم باعوا بأقل من ثمن المثل طلبوا فسخ البيع وإلاّ فلا ، على أساس أن النص يفسر في ضوء المصلحة التي قصد بالنص حمايتها دون زيادة ولا نقص ، وهناك فريق يرى أن المصلحة التي قصد الشارع حمايتها بالنهي عن تلقي الركبان هي مصلحة أهل السوق أي المستهلكين ، ذلك أن المتلقي يشتري بسعر رخيص ، ثم يحتكر السلع في مخازنه ويبيعها شيئاً فشيئاً فيغلو السعر على المستهلكين ، ومن هنا فقد قال بأن حكم البيع هو البطلان فيرد المشتري السلعة ويأخذ ما دفعه من ثمن ، وينزل بها البائعون إلى السوق فيلتقي العرض بالطلب ويمتنع الاحتكار ،

فالمصلحة هي التي حددت التفسير الذي يحققها ، واختلف الحكم تبعاً لاختلاف التفسير والنظرة إلى المصلحة المقصود بالنص تحقيقها .

٤ ــ امتنع النبي ﷺ عن التسعير عندما قال الصحابة : سعر لنا يا رسول الله . وقال : « إن الله هو المسعر وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » .. وقد فسر المالكية هذا النص في ضوء المصلحة التي جاء النص لحمايتها وهي مصلحة التجار الذين يبيعون وفق قانون العرض والطلب ، فالتسعير عليهم ظلم لهم ، وقالوا : إذا كان ارتفاع الأسعار بسبب الاحتكار والتلاعب من التجار جاز التسعير .

٥ ــ جاء الحديث عن الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا ميراث لقاتل » ، دون وصف القتل بأنه عمد أو خطأ ، أو أنه وقع بحق أو بدون حق ، أو أنه مباشرة أو بالسبب ، واحتاج المجتهدون إلى تفسيره وتحديد مجال تطبيقه ، وكان منهجهم في ذلك هو التعرف على المصلحة التي شرع الحكم لحمايتها أو الحكمة التي شرع الحكم من أجلها ، فمن قال أن المصلحة هي منع العدوان على النفوس قصر التطبيق على القتل العمد دون الخطأ ، والقتل بغير حق دون ما كان بحق ، ومن رأى غير ذلك طرد الحكم في كل أنواع القتل كالشافعي .

فقه المصلحة وتطبيقاته عند الشاطبي

يعد الشاطبي أول من نادى بنظرية قطعية أصول الفقه وأرسى قواعدها وفرع الفروع على أساسها ، ومضمون هذه النظرية يتلخص في أمرين :

أولهما : أن كل أصل يجمع عليه الفقه ويرجع إليه في استنباط أحكامه يجب أن يكون قطعياً ، وسواء أقصد بالأصل الدليل من الكتاب والسنة ، أم القاعدة الكلية المستنبطة بالاستقراء من نصوص الشريعة أو الكليات الشرعية المنصوصة . وفي هذا يقول : « إن أصول الفقه في الدين قطعية لا ظنية » ثم يقيم الأدلة على صحة هذه الدعوى ، (انظر الموافقات جـ ١ص ٢٩) .

ثانيهما : أن الأدلة الراجعة إلى العقل لا تستقل بالدلالة في أصول الفقه ، فلا يجوز الاعتماد على حكم العقل في إثبات حكم شرعي ، بل إن المعول عليه هو النقل في إثبات هذا الحكم ، والعقل معين فقط في طريق النقل ، وفي هذا يقول : « الأدلة العقلية إذا استعملت في هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية ، أو معينة في طريقها ، أو محققة لمناطها ، أو ما أشبه ذلك ، لا مستقلة بالدلالة لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي ، والعقل ليس بشارع » ، (الموافقات جـ ١ ص ٢٥) .

ثم يؤكد هذ المعنى فيقول : « إذا تعاضد العقل والنقل على المسائل الشرعية فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعاً ويتأخر العقل فيكون تابعاً ؛ فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل » (الموافقات جـ ١ ص٨٧) ثم يقيم الأدلة القطعية على هذه الدعوى . ثم يبين الشاطبي أن كون النقل مصلحة أو مفسدة إنما يرجع إلى الشارع نفسه وليس إلى ما يمليه الطبع ويأمر به الهوى فيقول : « المصالح المجتلبة شرعاً والمفاسد المستدفعة إنما تعتبر من حيث مقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى ، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية أو درء مفاسدها العادية » ثم يقيم الأدلة القطعية على ذلك (الموافقات جـ ٢ ص ٣٧) .

ولقد عرض الشاطبي للاستدلال المرسل أي المصلحة المرسلة كأصل من أصول الفقه في كتابيه : « الموافقات في أصول الشريعة » ، و « الاعتصام » ، وكان حريصاً على أن يرد هذا النوع من الاستدلال إلى النصوص الشرعية ؛ منها يؤخذ وإليها يُرد ؛ وبذلك برّأ إمام دار الهجرة من التهمة التي وجهها إليه الجاهلون بفقه مالك وأصول الاستدلال عنده من أنه يحكّم المصالح التي يراها في نصوص الشرع .

فتطبيقاً لنظرية قطعية أصول الفقه يقرر الشاطبي أن الاستدلال المرسل أصل من أصول الفقه . وإذا كان كذلك فهو أصل قطعي ودليل يؤخذ من استقراء نصوص الشريعة ، كتاباً وسنة ، استقراء يفيد اليقين والقطع ، فالبناء عليه والتفريع على أساسه بناء على أصل كلي ودليل قطعي . يقول رضي الله عنه : « كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح يُبنى عليه ويُرجع إليه إذ كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع المحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها .. ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك والشافعي ، فإنه وإن لم يشهد لفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي ، والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه ... وكذلك أصل الاستحسان على رأى مالك ينبى على هذا الأصل ، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس » (الموافقات جـ ٢ ص ٣٩) .

فالشاطبي يرى أن ملاءمة المصلحة لتصرفات الشرع لا تعرف من دليل واحد ولا من نص خاص ، وإنما من جملة أدلة وعدة نصوص تفيد في مجموعها القطع ، وإن لم تفد القطع بآحادها ، ويسوّى بين الأصل الكلي الذي يؤخذ باستقراء نصوص الشريعة وبين اللفظ العام ، وقد مثّل لذلك بأصل تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فقال : « إنه أصل كلي لم يؤخذ من نص وإنما أخذ من عدة نصوص تفيد القطع بطريق الاستقراء ؛ من هذه النصوص ما جاء في الحديث من النهي عن بيع الحاضر للبادي رعاية لمصلحة أهل السوق ، والنهي عن تلقى

الركبان لمصلحة أهل الحضر ، وتحريم الاحتكار وإخراج الطعام من يد محتكره قهراً تقديماً لمصلحة الجماعة في توفير الأقوات اللازمة لمعاشهم واتفاق الصحابة على منع أبي بكر حينما ولى الخلافة من التجارة والتحرف ونفقته من بيت المال تقديماً لمصلحة عامة هي النظر في مصالح المسلمين على مصلحة خاصة هي قيامه بالتجارة التي يريدها والحرفة التي يختارها بما جاء في قصة أبي طلحة من تتريسه على الرسول ﷺ وقوله نحرى دون نحرك حتى شلت يده ولم ينكر عليه الرسول ذلك ، وذلك تقديم لمصلحة عامة ـــ هي حفظ حياة الرسول لحفظ الدين إذ في وفاته فوات مصالح الإسلام والمسلمين ـــ على مصلحة خاصة هي سلامة أبي طلحة رضي الله عنه . وكذلك جواز الحجر على السفيه تقديماً لمصلحة عامة هي حفظ مال الجماعة على مصلحة خاصة للسفيه ، وذلك على أساس أن للجماعة حقاً في ماله وأن حقه قاصر على الإنفاق على نفسه وأسرته دون سرف أو تبذير ، فإن فعل كان مفوتاً لمصلحة الجماعة .

فكل هذه الأدلة وغيرها مما لم يذكر تفيد بمجموعها أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع ، ولم يدل دليل منها على هذا الأصل بانفراده ، ولكنه يؤخذ من مجموع هذه النصوص وتلك الأحكام ، وكأن هذا الأصل أوالمقصود أو المصلحة عموم لفظى مفاده المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة . بل قد يكون أقوى منه إذ العام ظني الدلالة عند البعض ، أما العموم الاستقرائي فهو قطعي كما يرى الشاطبي . ويرى الشاطبي أن اعتبار الشارع لهذا الأصل الكلي أو المصلحة الكلية هو اعتبار لكل واقعة جزئية تدخل تحت هذا الأصل أو يتحقق فيها مناط تلك المصلحة ؛ فمثلاً قضى الصحابة بتضمين الصناع ما بأيديهم من سلع إذا ادعوا التلف أو الهلاك تقديماً لمصلحة أرباب السلع على مصلحة الصناع ، وذلك بعد أن فسدت ذمم الصناع وضعف سلطان الدين على نفوسهم وغلب عليهم التعدي والخيانة ، وكان الأصل فيهم أنهم لا يضمنون ما بأيديهم إذا ادعوا التلف أو الهلاك مالم يُقم أصحاب السلع البينة على تعدى الصناع أو تقصيرهم في زمن كان للدين فيه سلطان على النفوس ، وكان الغالب صدق ما يدّعون ؛ فهذه الواقعة أو النازلة لم يدل عليها نص معين بل

عدّت جزئياً يدخل تحت كلي استقرائي هو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وكأن هذا الكلي عموم لفظي .

وقد فرض الشاطبي اعتراضاً على هذا المنهج في الاستدلال ثم أجاب عنه فقال : « إن الشرع وإن اعتبر كلي المصلحة أي تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مثلاً فإنه من أين يعلم اعتباره للمصلحة الجزئية المعروضة أي تضمين الصناع مثلاً » . ومعنى هذا الاعتراض الافتراضي أن الأدلة قامت على أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة ، وذلك في منع بيع الحاضر للبادي رعاية لمصلحة أهل السوق ، وكذلك المنع من تلقى الركبان لمصلحة أهل الحضر وغير ذلك من الأدلة الجزئية التي تفيد أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع ؛ فإذا ضمنا الصناع ما بأيديهم من السلع ، أو منعنا مسلماً من إقامة مصنع في جهة آهلة بالسكان ، أو فرضنا عليه قيوداً معينة في استعمال ملكه مراعاة لمصلحة الجماعة ؛ فكيف نعرف أن الشارع قصد تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد في صورة تضمين الصناع أو المنع من بناء المصنع أو تقييد البناء ؟» .

هذا هو حاصل الاعتراض أما رد الشاطبي فهو « إن الأصل الكلي إذا انتظم في الاستقراء يكون كلياً جارياً مجرى العموم في الأفراد » ، (الموافقات جـ ١ ص ٤١) ، ويزيد الشاطبي هذا المعنى وضوحاً فيقول : « إن المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة واطرد له ذلك المعنى يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها ، وإن كانت خاصة بالدخول تحت المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة » ، (الموافقات جـ ٣ ص ٣٠٤) .

ثم يقرر الشاطبي أن العام المستفاد من استقراء النصوص الشرعية يجرى في قوة الاحتجاج به مجرى العام المستفاد من الصيغة فيقول : « العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط ... بل من استقراء مواقع المعنى حتى

يحصل منه في الذهن أمر كلي عام فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغة » ، ومثل لذلك بأصل رفع الحرج في الدين وهو مقصد شرعى فقال : « فإنا نستفيده ــ أصل رفع الحرج ــ من نوازل متعددة خاصة مختلفة الجهات متفقة في أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب الصيام ، والقصر والفطر في السفر ، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أي جهة عند تعذر استخراج القبلة ، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ولرفع الضرر ، والعفو في الصيام عما يعثر الاحتراز منه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج . فإذا تم للمجتهد هذا الاستقراء فإنه يطبق هذا العموم الاستقرائي على كل ما تحقق فيه مناطه تماماً كما يفعل في العموم اللفظى » ، ثم يقول بعد أن أثبت أن رفع الحرج مقصود للشارع : « فإنا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها عملاً بالاستقراء فكأنه عموم لفظى » ، (الموافقات جـ٣ ص ٢٩٩) .

ولا يفوت الشاطبي أن يفرق بين الأصل الكلي أي المصلحة المرسلة وبين تحقيق مناطه في أحد الجزئيات أي الفرق بين أصل « تقديم المصلحة العامة على الخاصة » وتقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة الصناع ؛ فيقول : إن الأصل الكلي المأخوذ من الاستقراء من عدة نصوص أصل قطعي ، وأما تحقيق مناط هذا الأصل الكلي في أحد الجزئيات أو تطبيقه على إحدى النوازل أمر ظني . وهذا يعني أننا وإن كنا نقطع بأن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة فإننا قد لا نقطع بتطبيق هذا الأصل أو تحقيق مناطه في فرع تضمين الصناع أو المنع من إقامة مصنع في جهة آهلة بالسكان أو فرض قيود معينة في استعمال الملك . فإن العام الذي يؤخذ من الصيغة قد يكون قطعي الثبوت ، ولكن قد يكون ظنياً في دلالته على أحد الأفراد ، فالأدلة عموماً قد تكون قطعية ويكون تحقيق مناطها أو تطبيقها على بعض الجزئيات ظنياً . فإذا قلنا : إن المصلحة المرسلة دليل قطعي فإننا نعني المصلحة الكلية أي الأصل الكلي أو مقصود الشارع الذي دلت عليه جملة

نصوص شرعية تفيد في مجموعها القطع ، وإذا قلنا إن المصلحة دليل ظني فإننا نعني بذلك تطبيق هذا الأصل على الفرع المعين واعطاءه حكمه ، ومثال ذلك : ما يقوله الغزالي من أن تقديم المصلحة الكلية على المصلحة الجزئية مقصود شرعي ، علم كونه مقصوداً بأدلة لا تنحصر ثم يطبق هذ الأصل الكلي القطعي على مسألة الترس أي تترس الكفار بأسرى المسلمين ؛ بحيث لا يتأتى دفعهم عن بلاد المسلمين إلا بقتل الترس ويقول : إن هذه مصلحة ظنية بمعنى أننا لا نقطع بدخول هذا الفرع أو هذه النازلة تحت الأصل الكلي ، بل نظن ظناً راجحاً أن هذا الأصل ينطبق على مسألة الترس ، وهذا لا يغير من صحة الحكم المستنبط في هذه المسألة ؛ إذ أن العمل بالظن واجب شرعاً باتفاق العلماء ولذا قلنا : إن المصلحة المتحققة في قتل الترس مصلحة جزئية ظنية .

فأنت ترى أن الاستدلال المرسل منهج من مناهج الاستدلال بالنصوص الشرعية وليس شيئاً خارجاً عنها أو مصادما لها أو زائداً عليها ، والمعنى فيه هو استنباط للحكم من معقول عدة نصوص وجملة أدلة لا يدل أي منها بعينه على الأصل ، وهذا معنى الإرسال عن الأصل المعين أي الدليل الخاص . ومن هنا فقد قطع الشاطبي برد المصلحة التي تناقض النص ويدخلها تحت الظن الذي يعارض أصلاً قطعياً ولا يشهد له أصل قطعي فيقول : « أما الظني المعارض لأصل قطعي ولا يشهد له أصل قطعي فمردود بلا إشكال » ، وقد مثل له بمن أفتى بإيجاب صيام شهرين متتابعين ابتداء على من ظاهر من امرأته ، ولم يأت الصيام في الظهار إلا لمن لم يجد رقبة ، ويستدل على ذلك فيقول : « إنه مخالف لأصول الشريعة ومخالف أصولها لا يصح لأنه ليس منها » ، (الموافقات جـ ٣ ص ٢٩٩) . فإذا استنبط المجتهد أن مناط الكفارة هو الزجر ، وهو وصف مناسب عقلاً ، ثم أراد أن يعمل هذا المناط في الإخراج من النص واستثناء الملك من الحكم الذي يدل عليه كان مقدماً لظن على قطع . وهذه مخالفة لأصول الشريعة ، فالمصلحة إذن في هذا المثال وإن كانت مناسبة إلا أنها غريبة لم تشهد لها نصوص شرعية ، في حين أن المجتهد إذا استنبط أن مناط المنع من الميراث هو العدوان ثم استعمل هذا المناط في إخراج القاتل خطأ ، فإن اجتهاده هذا غير مخالف لأصل قطعي لأنه

ليس اجتهاداً على خلاف على نص قطعي ، وجمهور علماء الأصول يسمون المصلحة المناقضة للنص مصلحة ملغاة ولا يختلفون في عدم جواز الأخذ بها ؛ ذلك أن المصالح التي تناقض النصوص الشرعية ليست في الواقع مصالح بل أهواء وشهوات زينتها النفس وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح ؛ فقد كان أهل الفترة يرون المصلحة في وأد البنات ، وحرمان الإناث من الإرث ، وقتل غير القاتل ، وما كانوا يرون في شرب الخمر ولعب الميسر والتعامل بالربا وزواج الأخدان ، ونسبة الولد إلى غير أبيه مفسدة ؛ والقانون الروماني في أوج عظمته أجاز للدائن أن يسترِقّ مدينه في الدين ، وإذا تعدد الدائنون ولم يرغب أحد في شراء المدين جاز للدائنين اقتسام جثة المدين ، وما كان عقلاء روما يرون في هذا الحكم مفسدة حتى جاء الإسلام بمبدئه العادل قال سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ... ﴾ (البقرة : آية ٢٨٠) . والقانون الإنجليزي ظل قرابة عشرة قرون يرى المصلحة في حرمان الإناث من الإرث ، واستقلال الابن الأكبر بالتركة وعدم استحقاق الأصول نصيباً من الميراث . واعتبار علاقة الزوجية علاقة واهية لا تجعل الزوجة وارثة لزوجها ، حتى أفاق الإنجليز إلى رشدهم وكان ذلك في عام ١٩٢٥م ثم في ١٩٢٩ حيث اتجهوا إلى الفقه الإسلامي في الجملة فأشركوا الإناث مع الذكور في الإرث وسووا بين الأبناء وأعطوا الأصول نصيباً في الإرث واعتبروا علاقة الزوجية مساوية لعلاقة الدم فأقروا للزوجة بحق الإرث في عقارات زوجها ، ولازال القانون الأمريكي يرى المصلحة في إطلاق حرية الموصي بحيث أجاز له أن يوصي بكل ثروته لعشيقته أو ساقيه أو كلبه المدلل تاركاً ورثته عالة يتكففون الناس . (راجع رسالة القيود على حرية الإيصاء في الفقه الإسلامي والقانونين الإنجليزي والأمريكي) . للباحث . وآخر مثل لعرض الأهواء والشهوات في ثوب المصالح القانون الذي أقره مجلس العموم البريطاني في عام ١٩٦٦م من جعل اللواط عملاً مشروعاً لا ضرر فيه على الفرد ولا الجماعة ولازال هذا القانون نافذاً (راجع الأهرام السنة ٩٢ لعدد ٢٨٩١٨ ، في ١٢ فبراير ١٩٦٦) .

وخلاصة نظرية الشاطبي في فقه المصالح هي :

١ ـــ أن الأحكام التي جاءت بها نصوص الشريعة هي التي تحقق مصالح العباد في العاجل والآجل ؛ فما ورد فيه بعينه حكم من النوازل اتبع فيه حكم النص وإن ظن الفقيه أن المصلحة في غيره ، ومالم يرد فيه بعينه نص حكم من الوقائع والنوازل أخذ حكمه من الأصول الكلية أو المقاصد الشرعية التي استنبطت من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع .

٢ ـــ أن النصوص الشرعية كما تدل على الحكم بألفاظها فإنها تدل على الحكم بمعقولها أو معناها ؛ فإذا أخذ الحكم من معنى أو معقول نص واحد سمى قياساً ؛ كأخذ حرمة النبيذ من معنى أو معقول حرمة الخمر التي جاء به النص المعين . وإذا أخذ الحكم من معقول عدة نصوص وجملة أدلة سمي هذا المنهج بالاستدلال المرسل أو المصلحة المرسلة ؛ كأخذ حكم تضمين الصناع من معقول النصوص التي تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في وقائع أخرى .

٣ ـــ أن المصلحة المرسلة باعتبارها أصلاً كلياً مستنبطاً من جملة نصوص شرعية بطريق الاستقراء دليل قطعي ولكن تطبيقها على النوازل والوقائع غير المنصوص عليها يفيد الظن الذي يعتبر حجة شرعية .

تطبيقات على فقه المصلحة :

وســـوف أعـرض بعض التطبيقات لطريقة الشاطبي في إجراء الاستدلال المرسل فيما لا نص فيه من الوقائع والنوازل ، وسوف أبين أولاً الأصل الشرعي ، أو كما يسميه الشاطبي أحياناً العام الاستقرائي ، ثم أثبت أن هذا الأصل ، وإن لم يشهد له نص معين ، فقد شهدت له عدة نصوص تقطع بملاءمته لجنس تصرفات الشارع ، ثم أعرض الفرع أي النازلة المراد معرفة حكمها بمنهج الاستدلال المرسل ، وأبين أنه يدخل تحت الأصل الكلي أو العام الاستقرائي ، وإن لم يأخذ حكمه من النص المعين ولا من معقول هذا النص بطريق القياس .

الأصل الأول ــ إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء :

وهذا يعني أن الشارع يقيم السبب مقام ما قد يؤدي إليه في مجرى العادات ، ويعطيه حكمه . وهذه مصلحة كلية أو عام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، والدليل على ذلك :

١ ــ أن الشارع حرم الخلوة بالأجنبية ؛ لأنها مظنة الزنا أي سبب قد يؤدي إلى الزنا وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء المظنة (الخلوة) حكم المظنون أي الزنا .

٢ ــ أن النبي ﷺ نهى عن سفر المرأة دون محرم باعتباره مظنة للزنا ، وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء المظنة حكم المظنون .

٣ ــ نهى النبي ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقال : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ، وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء المظنة حكم المظنون .

٤ ــ تحريم خطبة المعتدة تصريحاً وعقد النكاح للمحرم ؛ إذ الخطبة في العدة مظنة لأن تكذب المرأة استعجالاً للزواج في العدة ؛ فأعطى الشارع حكم المظنون للمظنة ، ونكاح المحرم مظنة لأن يفسد الحج بالوطء قبل التحليل فحرم إقامة للمظنة مقام المظنون ، أو بعبارة أخرى : إقامة السبب مقام النتيجة التي قد يؤدي إليها .

٥ ــ وجوب إقامة الحدود مظنة للزجر عن ارتكاب أسبابها وإن لم يحصل الزجر بها في الواقع ، ولكنا أقمنا المظنة مقام المظنون . فهذه النصوص ، وغيرها كثير يقطع بأن الشارع يقيم مظنة الشيء مقام نفس الشيء ؛ أي يقيم الأسباب مقام النتائج التي قد تترتب عليها ، وإن لم يثبت تحقق هذه النتائج في جميع الحالات ، وهو ما يعبر عنه علماء الأصول بقولهم : « العبرة بالمظنة دون المئنة » ، والمئنة معناها التحقق من ترتب النتيجة على السبب ، أو الأمر المظنون على المظنة . والشاطبي يطلق على هذا الأصل أحياناً المصلحة المرسلة ، ويصفه بأنه ملائم لتصرفات الشرع كما يسميه الغزالي

مقصوداً شرعياً علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة وتفاريق الأمارات ومختلف الدلالات ، فهذه عبارات مختلفة لمعنى واحد هو الأصل القطعي الذي استنبط من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء .

وقد طبق الصحابة هذا الأصل الكلي على حد الشرب ؛ إذ لم يكن للشرب حد مقدر في زمن النبي ﷺ ، وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير ، وفي زمن أبي بكر — رضي الله عنه — قدره بأربعين على طريق النظر ، فلما كان زمن عثمان تتابع الناس في شرب الخمر فجمع عثمان الصحابة — رضي الله عنهم — واستشارهم فقال علي — رضي الله عنه — : من سكر هذى — تكلم من غير وعي — ومن هذى افترى ؛ فأرى عليه حد المفترى ، فعليٌّ يرى أن الشرب مظنة القذف ، وحيث إن الشارع أقام المظنة مقام المظنون ؛ فقد أعطى عليٌّ حكم القذف وهو الجلد ثمانين لمظنته وهو الشرب ، فهو قد طبق أصلاً شرعياً كلياً أو عاماً استقرائياً على فرد يدخل تحته . وظاهر أن المصلحة التي رآها عليّ مصلحة ملائمة لتصرفات الشرع وداخله تحت جنس شهدت له النصوص في الجملة .

الأصل الثاني — وجوب دفع أشد الضررين بارتكاب أخفهما :

هذا أصل شرعي وعام أخذ من النصوص بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، بل إن تكاليف الشريعة كلها قائمة على ذلك ، وإليك بعض الأدلة على قطعية هذا الأصل :

١ — شرع الجهاد فيه إتلاف للنفوس ولكنه ضرر خاص يتحمل لدفع ضرر عام حاصل من عدوان المشركين وصد المسلمين عن دينهم وسفك دمائهم .

٢ — شرع القصاص والحدود فيه إتلاف للنفوس وإلحاق الأذى بالمسلم ، ولكنه ضرر خاص يرتكب دفعاً لضرر عام هو تفويت أرواح المسلمين وأموالهم وأعراضهم .

٣ — قتال البغاة ومانعي الزكاة فيه إتلاف للنفوس وفوات للأموال ، ولكنه ضرر أخف في مقابلة ضرر أشد يتمثل في الفتنة العارمة لو ترك قتال هؤلاء .

٤ ــ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولو كان لدى سلطان جائر فيه إتلاف للنفس أو تفويت للمال ، ولكنه جاز أو وجب ارتكاباً لأخف الضررين لدفع أشدهما .

والواقع أن المتتبع لتكاليف الشريعة يجدها تقوم على طلب الفعل إذا كانت مصلحته راجحة على مفسدته ، وإلى النهي عنه إذا كانت مفسدته راجحة على مصلحته ؛ فإذا ما عرضت واقعة لايدل النص على حكمها بلفظه ولا بمعقوله بطريق القياس ، وكانت مناطاً لضررين دفعنا أشد الضررين بارتكاب أخفهما .

وقد طُبق هذا الأصل على وقائع ونوازل لم تدل النصوص على حكمها لا بألفاظها ولا بمعانيها ومن ذلك :

١ ــ توظيف الخراج ، أي فرض الضريبة الزائدة على الزكاة إذا خلا بيت المال عما يفي بنفقات الدولة الضرورية . إذ إن في توظيف الخراج دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفهما ؛ فدخل تحت الأصل القطعي القاضي بارتكاب أخف الضررين دفعاً لأشدهما ؛ يقول الشاطبي : « فالذين يحذرون من الدواهي لو تنقطع عنهم الشوكة يستحقرون بالإضافة إليها أموالهم كلها فضلاً عن اليسير منها ، فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من أموالهم فلا يتمارى في ترجيح الثاني على الأول ، وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد ، ولو وطئ الكفار أرض الإسلام لوجب القيام بالنصرة وإذا دعاهم الإمام وجبت الإجابة وفيه إتعاب النفوس وتعريضها إلى التهلكة زيادة إلى إنفاق المال ، وليس ذلك إلا لحماية الدين ومصلحة المسلمين » .

٢ ــ انعقاد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الاجتهاد ، لقد طبق الشاطبي هذا الأصل أيضاً على تولية إمام غير مجتهد في علوم الشرع إذا خلا العصر عن مجتهد ، وذلك دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفهما فالضرر في ترك المسلمين دون إمام وما يترتب عليه من فتن تسفك فيها الدماء وتضيع الأموال ويعتدي على الأعراض وطمع العدو من الخارج أشد من الضرر

الحاصل بفوات رتبة الاجتهاد في الإمام ، إذ يمكنه التقليد فتزول المفسدة وتصلح المصالح المطلوبة من أصل الإمامة . يقول الشاطبي في هذا : « لأنا بين أمرين : إما أن يترك الناس فوضى وهو عين الفساد والهرج ، وإما أن يقدموا الإمام غير المجتهد ، فيزول الفساد بتة ولا يبقى إلا فوات الاجتهاد ، والتقليد كاف بحسبه ، وإذا ثبت هذا فهو نظر مصلحي يشهد له وضع أصل الإمامة ، وهو مقطوع به بحيث لا يفتقر في صحته وملاءمته إلى شاهد » .

الأصل الثالث ــ المحافظة على النفس :

المحافظة على النفس أصل شرعي كلي وعام مأخوذ بطريق الاستقراء من النصوص استقراء يفيد القطع ، والأدلة على ذلك تفوق الحصر ، ومن ذلك كما يقول الشاطبي : « أن النفس نهى عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص متوعداً عليه ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه وأقيمت الحكام والقضاة والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير إلى غير ذلك . كل هذه النصوص والأحكام تدل يقيناً على أن الشارع قاصد لحفظ النفس ، وأن المحافظة عليها أصل قطعي لم يثبت بدليل واحد خاص ، ولا يشهد له أصل معين يمتاز برجوعه إليه ، بل علمت ملاءمة هذا الأصل للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد ، ولو استند إلى شيء معين لوجب تعيينه . فهذا الأصل إذن مأخوذ من استقراء مقتضيات الأدلة بالإطلاق لا من أحدها على الخصوص » (الموافقات جـ ١ ص ٣٨) .

وقد طبق الصحابة هذا الأصل على الاشتراك في القتل فقضوا بقتل الجماعة بالواحد إذا تمالأوا على قتله وفي هذا يقول عمر : « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به » ، ووجه دخول قتل الجماعة بالواحد تحت هذه المصلحة الكلية أنه لو لم يقتل الجماعة بالواحد لاتخذ القتّال الاشتراك ذريعة لقتل أعدائهم فتفوت النفس

الذي قصد الشارع المحافظة عليها . يقول الشاطبي ــ وهو يجري الاستدلال المرسل في هذه المسألة : « أنه يجوز قتل الجماعة بالواحد والسند فيه المصلحة المرسلة إذ لا نص على عين المسألة ، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ وهو مذهب مالك والشافعي ، ووجه المصلحة أن القتيل معصوم وقد قتل عمداً فإهداره داع إلى خرم ــ إبطال ــ أصل القصاص واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى الأخذ بالقتل إذا علم أنه لا قصاص فيه ، وليس أصله قتل المنفرد فإنه قاتل تحقيقاً والمشترك ليس بقاتل تحقيقاً ، فإن قيل هذا أمر بديع في الشرع وهو قتل غير القاتل ؛ قلنا ليس كذلك بل لم نقتل إلا القاتل وهم الجماعة من حيث الاجتماع عند مالك والشافعي ؛ فهو مضاف إليهم تحقيقاً لإضافته إلى الشخص الواحد ، وإنما التعيين في تنزيل الأشخاص بمنزلة الشخص الواحد ، وقد دعت إليه المصلحة فلم يكن مبتدعاً مع مافيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء ، وعليه يجري عند مالك قطع الأيدي باليد الواحدة ، وقطع الأيدي في النصاب الواجب » (الاعتصام جـ ٢ ص ١٢٥) .

ولقد طبق المالكية والغزالي هذا الأصل على فرع لم يدل عليه نص معين وهو ما إذا عم الحرام الأرض وسدت طرق المكاسب الحلال ، فإنه يجوز تناول مقدار الحاجة من الحرام ولا يقتصر على ما يحفظ الرمق ؛ يقول الإمام الغزالي : « لو فرضنا انقلاب أموال العالمين بجملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة واشتباه الغصوب بغيرها وعسر الوصول إلى الحلال المحض ــ وقد وقع فما بالنا نقدره ــ نبيح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال لأن تحريم التناول يفضي إلى القتل وتخصيصه بمقدار سد الرمق يكف الناس عن معاملاتهم » .

الأصل الرابع ــ سد الذريعة وفتحها :

سد الذريعة يعني المنع من الأمر الجائز في الحالات التي يؤدي فيها إلى ما لا يجوز ، فإذا كان الفعل الجائز لما فيه من المصلحة يؤدي غالباً إلى مفسدة تساوى مصلحة هذا الفعل أو تزيد ، فإن الشارع يمنع من هذا الفعل ، فهنا شروط ثلاثة لإعمال هذا الأصل :

أولها : أن يؤدي الفعل المأذون فيه إلى مفسدة : الفعل المأذون فيه فعل يتضمن مصلحة ، ومن ثم فلايجوز المنع من هذا الفعل طالما أنه يحقق تلك المصلحة ولا يؤدي إلى مفسدة تَجُبّ هذه المصلحة ، أما إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى المفسدة فإن الشارع يمنع منه .

ثانيها : أن تكون المفسدة التي يؤدي إليها الفعل المشروع مساوية أو راجحة على مصلحة هذا الفعل بأن أربت مصلحة الفعل المشروع على مفسدته فإن الفعل لا يمنع . وفي هذا يقول القرافي : « قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذي هو محرم عليهم الانتفاع به بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا ، وكدفع المال لرجل يأكله حراما حتى لا يزني بامرأة إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك ، وكدفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك ــ رحمه الله تعالى ــ ولكنه اشترط أن يكون يسيراً . فهذه الصور كلها الدفع فيها وسيلة إلى المعصية بأكل المال ، ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة . ويضرب الشاطبي بعض الأمثلة لفعل هو ذريعة إلى مفسدة ، ولكنه لا يمنع لرحجان مصلحة فيقول : « ولكنه ــ جواز الفعل لرجحان مصلحة على المفسدة ــ صحيح إذا نزل منزلته ، وهو أن يكون من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة كالمنع من تلقي الركبان ؛ فإن منعه في الأصل ممنوع إذ هو من باب منع الارتفاق وأصله ضروري أو حاجي لأجل أهل السوق ، ومنع بيع الحاضر للبادي ؛ لأنه في الأصل منع من النصيحة ، إلا أنه إرفاق لأهل الحضر وتضمين الصناع قد يكون من هذا القبيل ، وله نظائر كثيرة ؛ فإن جهة التعاون هنا أقوى . وقد أشار الصحابة على الصديق إذ قدموه خليفة بترك التجارة والقيام بالتحرف على العيال لأجل ماهو أهم في التعاون ، وهو القيام بمصالح المسلمين ، وعوضه من ذلك في بيت المال . وهذا النوع صحيح كما تفسر . فالذي يؤخذ من هذه النصوص التي وردت على لسان كتاب المالكية أن الفعل الذي يتضمن تحصيل مصلحة أو دفع مفسدة لا يمنع ، وإن كان ذريعة إلى تفويت مصلحة أو تحصيل مفسدة من جهة أخرى ، طالما أن المصلحة التي يحصلها الفعل أو المفسدة

التي تندفع به راجحة على المفسدة التي تنشأ عنه أو المصلحة التي تفوت به ، فدفع المال للمحاربين فعل الأصل فيه المنع ؛ لأن فيه مفسدة تقوية المشركين وعونهم على حربنا ، ولكنه ذريعة إلى مصلحة راجحة على تلك المفسدة ، تلك المصلحة هي إنقاذ الأسرى المسلمين من الاسترقاق والقتل والفتنة في الدين ، ودفع مال لمن يريد أن يفسق بمسلمة فعل الأصل فيه عدم المشروعية ؛ لأنه تمكين له من أخذ مال ظلماً ، ولكنه ذريعة إلى تحصيل مصلحة أهم ، تلك المصلحة هي حفظ عرض المسلمة ومنع مفاسد الزنا ، ودفع مال لمن يقف في طريق الحجاج ويمنعهم من أداء الفريضة فعل غير مشروع ؛ لأنه إعانة لهؤلاء على أكل مال الناس بالباطل ، ولكنه لما كان ذريعة إلى تحصيل مصلحة أداء الفريضة أجازه مالك .

ومنع التجار من تحصيل أرزاقهم وكسب عيشهم والسعي على أولادهم ، بتلقي الركبان والشراء منهم ، وتحقيق بعض الأرباح — عمل ؛ الأصل فيه أنه غير مشروع ، لأنه منع من أمر ضروري أو حاجي ، ولكن لما كان المنع من التلقي ذريعة إلى مصلحة راجحة ، وهي مصلحة أهل السوق ، وهي مصلحة عامة أجازه الشارع فقال : « لا تلقوا الركبان » فالمنع من التلقي مفسدة ؛ لأنه منع من مصالح ضرورية أو حاجية للمتلقي ، ولكنه ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة أهل السوق ، فأجيز المنع من التلقي ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

وتضمين الصناع دون أن يثبت رب السلعة التعدي أو التقصير من جانب الصانع فعل غير مشروع ؛ لما فيه من تضمين البريء ، أحياناً ، وتضمين غير المتعدي مفسدة وظلم وإتلاف لجزء من ماله ، ولكن لما كان هذا التضمين ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة عامة أرباب السلع — وذلك بالمحافظة على أموالهم ، ورفع الحرج الشديد اللازم من ترك الاستصناع بالكلية لو قيل بعدم التضمين إلا بالبينة — لما كان ذريعة إلى هذه المصلحة أجازه المالكية ووافقهم على ذلك البعض .

ومنع أبي بكر الصديق — رضي الله عنه — من التحرف والسعي على الأولاد منع من مصلحة ضرورية أو حاجية ، وهو غير مشروع ، لكن لما كان

هذا المنع ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة عامة المسلمين ، وذلك للنظر في مصالحهم ، أقدم الصحابة على منع أبي بكر من ذلك التحرف والتكسب وكفايته في بيت مال المسلمين ووافقهم الصديق على ذلك .

ففي كل هذه الأمثلة نجد أن فعلاً ما غير مشروع ولا مأذون فيه بالأصل ، وذلك لما يتضمنه من تحصيل مفسدة أو تفويت مصلحة ، ولكن هذا الفعل له مآل آخر ، بحيث يؤدي المنع منه في بعض الحالات إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أو فساد أكبر ، وعند ذلك يصير الفعل مأذوناً فيه تحصيلاً للمصلحة الأهم ودفعاً للضرر الأكبر ، ويطلق بعض علماء الأصول على هذا المنهج فتح الذريعة ويعرفونه بقولهم : إن وسيلة المحرم لما فيه من المفسدة لا تكون محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة أو دفع مفسدة أشد .

ثالثها : أن يكون أداء الفعل المأذون فيه إلى المفسدة كثيراً .

يصرح كتاب المالكية بأن قاعدة الذرائع لا تعني أن كل ذريعة إلى ممنوع تمنع ، بل إن في المسألة بعض التفصيل :

فالقرافي يقسم الذرائع إلى أقسام ثلاثة : قسم أجمعت الأمة على سده ، وقسم مختلف فيه بين الأئمة ، فمالك يسده ، وغيره من الأئمة يبقيه على الأصل من المشروعية فيقول :

« وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية ، بل الذرائع على ثلاثة أقسام : قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين ؛ فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يُعلَم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها ، وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم ؛ كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا ، وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا ؟ كبيوع الآجال عندنا ، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر ، فمالك

يقول : إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر ، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك ، والشافعي يقول : ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك . وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة ، اختص بها مالك ، وخالفه فيها الشافعي ، وكذلك اختلف في النظر إلى النساء هل يحرم لأنه يؤدي إلى الزنا أو لايحرم ، والحكم بالعلم هل يحرم لأنه وسيلة إلى القضاء بالباطل من القضاة السوء أو لايحرم ، وكذلك اختلف في تضمين الصناع ، لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت فيضمنون سداً لذريعة الأخذ أم لا يضمنون ، لأنهم أجراء والأصل في الإجارة الأمانة ؟ قولان ، وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه . وهو كثير في المسائل ، فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعي ، فليس سد الذرائع خاصاً بمالك — رحمه الله — بل قال بها هو أكثر من غيره ، وأصل سدها مجمع عليه » ، فالذي أجمعت الأمة على سده من الذرائع هو ما كان أداؤه للمفسدة قطعاً أو ظناً راجحاً ، وذلك بحسب مجاري العادات بين الناس ، والذي أجمعت الأمة على عدم سده ، هو ماكان أداء الذريعة فيه إلى النتيجة الممنوعة نادراً ، والذي وقع فيه الخلاف بين مالك وغيره ، هو ما كان أداء الوسيلة المباحة فيه إلى النتيجة الممنوعة كثيراً .

والقرافي وإن لم يصرح بذلك إلا أن الأمثلة التي ذكرها تشير إليه على أنه قد صرح في موضع آخر ؛ بأن الذرائع المجمع على سدها هي ما كانت الذريعة فيه مؤدية إلى النتيجة قطعاً أو ظناً ، (الفروق جـ ٤ ص ٢٦٦) . ويفهم منه أن الذرائع المختلف فيها ليست كذلك ، كما أنه بالمقارنة بين أمثلة الذرائع المختلف فيها والذرائع المجمع على عدم سدها يظهر أن هناك فرقاً بينها ، وهو أن أداء الوسيلة إلى الغاية في الأخيرة من باب الاحتمال النادر ، وأما في الذرائع المختلف فيها فإن هذا الاحتمال يرتفع درجة دون أن يصل إلى القطع أو لغالب المظنون .

وقد قسم الشاطبي الفعل المأذون فيه لما فيه من المصلحة للفاعل بالنسبة لما يسببه من أضرار لغير الفاعل أقساماً أربعة . أولها : فعل مأذون فيه يؤدي إلى المفسدة قطعاً ؛ ويعني بذلك القطع العادي كحفر البئر خلف باب الدار في

الظلام بحيث يقع الداخل فيه بلابد ، وشبه ذلك ، وقال بمنعه . وثانيها : فعل مأذون فيه يؤدي إلى المفسدة والإضرار نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه ؛ وقال بعدم منعه . وثالثها : فعل مأذون فيه يؤدي إلى المفسدة غالباً ، كبيع السلاح من أهل الحرب والعنب من الخمار وما يغش به ممن شأنه الغش ، وقال : إنه محل خلاف . ورابعها : فعل مأذون فيه يؤدي إلى المفسدة كثيراً لا نادراً ولا غالباً ؛ كمسائل بيوع الآجال وقال : « إنه موضع التباس » . ولقد بين الشاطبي بدقة فائقة وبتحليل علمي بارع أساس الحكم الذي أعطاه لكل قسم من هذه الأقسام (الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٧) .

المعيار الموضوعي لقاعدة سد الذرائع : ليس المقصود بالظن والعلم فيما تقدم ظن المتذرع بالفعل المباح إلى المفسدة ؛ بل إن المقصود ما يعده الشخص العادي علماً أو ظناً ؛ فإذا ثبت أن حافر البئر لا يعلم ولا يظن أن هذا العمل يؤدي إلى وقوع أحد فيه ، وكان هذا العمل في نظر الشخص العادي مؤدياً إلى ذلك ، فإن هذا العمل يعد غير مأذون فيه ، ويسأل الحافر عن جميع النتائج المترتبة على فعله من ضمان الأنفس والأموال ، أما العلم الشخصي فأمره إلى الله الذي يعلم السرائر ويحاسب على المقاصد . فالمعيار في الذرائع معيار موضوعي لا شخصي ينظر فيه إلى الواقع ونفس الأمر ، ومآل الفعل في نظر العقلاء وفقاً للعادات الجارية ، ولا دخل فيه لنية الفاعل وقصده وعلمه وظنه ، لأنه تعاطى السبب الذي من شأنه أن يوصل إلى النتيجة .

وفي هذا يقول الشاطبي في الموافقات (جـ ١ ص ٢١١) « إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب قصد ذلك المتسبب أم لا ، لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجرى العادات عد كأنه فاعل له مباشرة ، ويشهد بهذا قاعدة مجاري العادات إذ أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها ؛ كنسبة الشبع إلى الجوع ؛ والإحراق إلى النار ، فكذلك الأفعال التي تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا ؛ وإذا كان هذا معهوداً معلوماً جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزن » ويقول : (الموافقات جـ ١ ص ٢١٤) « إن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد ألا يقع مسببه فقد قصد محالاً وتكلف رفع

ماليس له رفعه ومنع مالم يجعل له منعه ، وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها ، فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ، وكل قصد ناقض قصد الشارع باطل » .

أدلة اعتبار هذا الأصل :

أقام الشاطبي الأدلة على اعتبار الشارع لهذا الأصل ، وقرر أنه قد أخذ من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع وأن الشارع يمنع من الفعل الجائز إذا كان ذريعة إلى مفسدة تساوى مصلحة أو تزيد ، ثم قرر أن هذا المعنى المستقرى من نصوص الشريعة يقوم مقام العموم المستفاد من الصيغة فيطبق على كل الوقائع غير المنصوص عليها دون حاجة إلى دليل خاص من قياس أو غيره .

ومن النصوص التي تدل على اعتبار الشارع لهذا الأصل مايلي :

١ ــ قول النبي ﷺ حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه : « أخاف أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه » ، فموجب القتل موجود وهو الكفر بعد الإيمان والسعي في إفساد المسلمين كافة فكان قتله مشروعاً لما فيه من دفع مفسدة ، ولكن لما كان هذا الفعل ذريعة إلى هذه التهمة ــ وهي أن محمداً يقتل أصحابه ــ منع ؛ لأنها مفسدة تزيد على مصلحة القتل بكثير .

٢ ــ قول النبي ﷺ لعائشة ــ رضي الله عنها ــ : « لولا قومك حديث عهدهم بكفر لأسست البيت على قواعد إبراهيم » ، فتأسيس البيت على قواعد إبراهيم فعل مأذون فيه لما يترتب عليه من مصلحة رد البيت إلى قواعده التي أمر الله أن يبنى عليها ، ولكن هذا الفعل ذريعة إلى مفسدة أكبر من هذه المصلحة وهي ارتداد الداخلين في الإسلام ، وهي مفسدة أعظم من مصلحة هدم البيت وإعادة بنائه على قواعد إبراهيم الأولى .

٣ ــ حرم عليه السلام الخلوة بالمرأة الأجنبية وأن تسافر مع غير ذي محرم ، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقال : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ونكاحها ، وحرم على المرأة في عدة

الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح ، وكذلك الطيب وعقد النكاح للمحرم ، ونهى عن البيع والسلف وعن هدية المديان وعن ميراث القاتل ، إلى غير ذلك مما هو ذريعة وفي القصد إلى الاضرار والمفسدة فيه كثرة وليس بغالب والشريعة بنيت على الاحتياط والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة .

٤ ــ قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ... ﴾ (الأنعام : آية ١٠٨) ، فحرم الله سب آلهة المشركين مع كون السب غيظا وحمية ، وإهانة لآلهتهم لكونه ذريعة إلى سبهم لله تعالى وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم .

٥ ــ نهى النبي عليه السلام أن تقطع الأيدي في الغزو لألاّ يكون ذريعة إلى لحاق المحدود بالكفار ؛ ولهذا لاتقام الحدود في الغزو .

٦ ــ قول الله تعالى : ﴿ ... وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ ... ﴾ (النور : آية ٣١) . فمنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزاً في نفسه ؛ لألاّ يكون سبباً إلى سماع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعي الفتنة .

٧ ــ نهى النبي عليه السلام عن منع فضل الماء لألاّ يكون ذريعة إلى منع الكلأ ، كما علل به في نفس الحديث ، فجعله بمنعه غيره الماء مانعاً من الكلأ ؛ لأن صاحب المواشي إذا لم يمكنه الشرب من ذلك الماء لم يتمكن من الرعي حوله .

كل هذه النصوص الشرعية اجتمعت على معنى واحد وأفادت فيه القطع ، وهو أن الفعل إذا كان مأذوناً فيه ، لما يترتب عليه من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، ولكنه في نفس الوقت ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر ، فإن الشارع يقصد إلى المنع من هذا الفعل تحصيلاً لأرجح المصلحتين ودفعاً لأشد الضررين . وهذا المعنى الكلي يجري مجرى العموم في الأفراد كما تقدم .

تطبيقات لهذا الأصل :

١ ــ قبول الهدية فعل مأذون فيه لما يترتب عليه من مصلحة التآلف والتحاب بين المسلمين ، ولكن الحاكم والقاضي وكل من يلي وظيفة عامة يمنع من قبول الهدية ؛ لأنه ذريعة إلى قضاء حاجة المهدي ، ولولم يكن صاحب حق فيما يطلب الحكم أو القضاء له به .

٢ ــ شهادة العدو على عدوه هي في الأصل جائزة لما يترتب عليها من الوصول إلى الحقوق وإثبات الدعاوى ، ولكنها تمنع لألايتذرع العدو بهذه الشهادة للنيل من عدوه وإلحاق الضرر به بالباطل .

٣ ــ تقديم أحد الخصمين على الآخر في مجلس القضاء أمر لا مفسدة فيه لذاته ، ولكنه لما كان ذريعة إلى كسر قلب الخصم الآخر وضعفه عن إقامة حجته واعتقاده أن محاولة إثبات صحة ما يدعيه لا فائدة لها ما دام القاضي يميل إلى خصمه ويقدمه عليه ، لما كان ذلك ذريعة إلى هذه المفاسد منع منه .

٤ ــ ويدخل تحت ذلك منع القاضي من الحكم بعلمه وشراء الطعام لاحتكاره وبيع السلاح في الفتنة وللكفار والبغاة وقطاع الطرق وإجارة داره أو حانوته لمن يرتكب فيها معصية ، وكذلك عصر العنب لمن يتخذه خمراً ، كل هذه عقود الأصل فيها الإذن لما يترتب عليها من المصالح ؛ ولكن لما كانت ذريعة إلى المفسدة حرمت ؛ لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . (إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٧٣) .

٥ ــ ويدخل تحت ذلك أيضاً منع عمر بعض الصحابة من التزوج باليهوديات ؛ لأن ذلك ذريعة إلى التزوج بالمومسات ؛ لأن غالب اليهود لا يرون حرجاً في اتخاذ الدعارة حرفة إذا كان في ذلك مصلحة لبنى جلدتهم ، ولألاّيتخذ ذريعة إلى الزواج من اليهوديات لجمالهن والعزوف عن الزواج من المسلمات وفي ذلك من الفتنة والفساد ما فيه ، ويقرب من هذا منع الدولة بعض الطوائف من التزوج بالأجنبيات سداً لذريعة المساس بمصالح الدولة ، وذلك كمنع رجال السلك الدبلوماسي والطلاب الدارسين بالخارج من الزواج

بأجنبية فهذا منع من جائز لألايتذرع إلى الممنوع ؛ كإفشاء أسرار الدولة ، وانشغال الوافدين عن العلم .

٦ ــ ويدخل تحت ذلك ما كتبه عمر إلى أمراء الأقاليم ينهاهم أن يكون غير المسلمين صيارفة في الأسواق وأن يقاموا منها معللا ذلك بأن الله أغنى المسلمين عنهم ، وقد روى عن مالك أن عمر عندما رأى ذلك منعاً لذريعة اعتقاد صحة التعامل بالربا ؛ لأن هؤلاء يتعاملون بالربا ، فإذا تركوا دون إنكار من المسلمين فربما ظن بعض المسلمين أن التعامل بالربا جائز في الشرع ، ومن هذا القبيل منع الدولة بعض الأجانب من بعض الأعمال الهامة التي تتعلق بالمصالح العليا للدولة ، ولايؤتمن عليها غير المواطنين ، وفرض قيود على بعض الحرف والأعمال ، وإن كان الأصل أن كل مواطن له الحق في اختيار الحرفة التي تعجبه والعمل الذي يروق له ، وذلك سداً لذريعة الفساد والإضرار .

٧ ــ ويمكن التمثيل لهذا النوع من الذرائع بمنع الدولة ذبح إناث الأنعام ، وكذا بيع اللحوم في أيام خاصة ، وذلك إذا كان ذبح الإناث يؤدي إلى قلة الإنتاج ، وكان اللحم في كل يوم يؤدي إلى ارتفاع الأسعار وقلة إنتاج اللحوم .

٨ ــ ويدخل تحت هذا المنع من بناء مصنع في جهة آهلة بالسكان حماية للصحة العامة .

٩ ــ ويدخل تحت ذلك ما تضعه الدولة من خطط اقتصادية في مجال الزراعة وغيرها من الأنشطة الاقتصادية ؛ فإن الأصل أن يختار المالك نوع النشاط وحجم الإنتاج في مجال الزراعة مثلاً ، ولكن إذا تبين أن ترك الحرية الكاملة للزراع يؤدي إلى كثرة الناتج من محصول معين ، لايمكن للسوق المحلي استيعابه ، وليس بالإمكان تصديره ، فيتلف على الأمة ؛ في حين أن هناك محصولاً آخر تشتد حاجة الناس إليه عزف عنه الزراع طمعاً في الربح الوفير غير عالمين بظروف السوق الخارجية وعلاقات الدولة بالدول المستوردة لهذه السلعة .

وقد ذكرت تطبيقات عدة لهذا الأصل في كتابي (نظرية المصلحة) فيرجع إليه ص ٢٣٤ وما بعدها .

الأصل الخامس ـــ أصل المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية :

تعريف الشاطبي للتحيل : يعرف الشاطبي التحيل فيقول : إن حقيقته المشهورة هي تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر ؛ فمآل العمل في الحيل هو خرم قواعد الشريعة في الواقع ؛ كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة فإن أصل الهبة على الجواز ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً ؛ فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة ، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية (الموافقات جـ ٤ ص ٢١) .

وعلى هذا فالتحيل هو فعل سبب أو اتخاذ وسيلة صحيحة في الظاهر لقلب الأحكام الثابتة شرعاً . وبيان ذلك : أن الله أوجب أشياء وحرم أخرى ، إما مطلقة من غير قيد ولا ترتيب على سبب ، كإيجاب الصلاة والحج والصوم ، وحرمة الزنا والربا والقتل وأكل مال الغير ظلماً ، أو كان ذلك الإيجاب أو تلك الحرمة مرتبة على سبب ومتوقفة على شرط ، وذلك كإيجاب الزكاة والكفارات والشفعة للشريك ، وكتحريم المطلقة ثلاثاً والانتفاع بالمغصوب والمسروق ، فإذا قدم المكلف فعلاً مشروعاً في الظاهر قاصداً من ذلك الفعل التوسل به إلى إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه أو في إباحة ذلك المحرم عليه ؛ بحيث يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر ، والمحرم حلالا في الظاهر ؛ فإن هذا التوسل يعتبر تحيلاً وحيلة ، فالشارع حرم الربا ؛ فإذا توسل المحتال إلى تحليل هذا المحرم في الظاهر ، وذلك بتقديم عمل ظاهر الجواز ؛ كأن يكون قصده بيع عشرة نقداً بعشرين إلى أجل ، فجعل العشرة ثمناً لسلعة ثم باعها من البائع الأول بعشرين إلى أجل فإن هذا العمل يسمى حيلة وتحيلاً ؛ لأنه قدم عملاً ظاهر الجواز هو عقد البيع بقصد التوسل به إلى إبطال حكم شرعي وهو إظهار الحرام في صورة الحلال ، وإذا توافر النصاب في حق شخص معين فأراد أن يتهرب من وجوب الزكاة أو ينقصها

فوهب المال أو جمع بين متفرقه ، وفرق بين مجتمعه بهذا القصد ؛ فإنه يعد متحيلاً باسقاط الواجب وإنقاصه ، وهو إبطال لحكم شرعي ، وهدم لمقصد قطعي ، وتفويت لمصلحة معتبرة .

وليس للوارث حق في وصية عملها مورثه حفظاً للعدالة بين الورثة ؛ فإذا تحيل المورث بفعل ظاهر الجواز ؛ كأن يقر بدين للمورث ؛ فإنه يعد متحيلاً على إبطال حكم شرعي هو بطلان الوصية للوارث .

وعلى الجملة فإن التحيل يتحقق في حالة ما إذا كان المحتال يهدف إلى غاية محرمة ، ويرمى إلى مقصد يناقض قصد الشارع من إبطال حق أو إسقاط واجب أو تحليل محرم أو تحريم حلال ، ولكنه لم يتخذ الوسائل التي وضعت مؤدية في العادة لهذا المحرم ، ولكن توسل إلى قصده المحرم وغايته غير المشروعة بفعل مشروع في الأصل لتحقيق مصلحة خاصة لم تكن هي قصد المتحيل ، وإنما كان قصده مما يناقض قصد الشارع .

فعقد الهبة عقد ظاهر الجواز إذ الأصل فيه المشروعية لما يترتب عليه من مصالح كثيرة هي الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له والتوسعة عليه غنياً كان أو فقيراً وجلب مودته ومحبته ورفعاً لرذيلة البخل لدى الواهب ، فلو أن الواهب قصد بالهبة هذه المصالح لكانت هبة مشروعة ؛ لأن قصده في العمل وقع موافقاً لقصد الشارع من التشريع ، ولكن المتحيل ابتغى بهذا العمل غير ما وضع له ؛ حيث قصد منه الفرار من دفع الزكاة ، وهذا القصد فيه مناقضة لمصلحة الإرفاق والتوسعة وتقوية لرذيلة الشح والبخل .

وكذلك عقد النكاح قصد الشارع به تكوين الأسر وإنجاب الولد والسكن والمودة والرحمة ، فإذا عقد المحلل زواجاً بقصد التحليل للزوج الأول وليس في نيته أن يكون أسرة ولا أن يتعاون مع زوجه على تربية الولد فإن قصده ذلك يعد مناقضاً لقصد الشارع إذ مقاصد الشارع من الزواج تقتضي العشرة الدائمة والتعاون بين الزوجين على أعباء الحياة ، وهو لم يقصد بعقد الزواج شيئاً من هذه المصالح .

ولذلك قلنا إنه لايمكن أن يتحقق التحيل إلا إذا كان قصد المتحيل أن يهدم أصلاً شرعياً ومصلحة معتبرة ، وفي هذا يقول الشاطبي (الموافقات جـ٢ ص ٣٨٧) : « فالحيل التي تقدم إبطالها والنهي عنها ما هدم أصلاً شرعياً وناقض مصلحة شرعية فإن فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخله في النهي ولاهي باطلة » .

ويقول (الموافقات جـ٢ ص ٣٨٥) . « لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت لأعمال معتبرة بذلك ؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع ؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها وإنما قصد بها أمور هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع ليس على وضع المشروعات » .

أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل :

لقد أسس الشاطبي بطلان التحيل على جملة من الأصول الكلية والقواعد القطعية ، ثم قام بعمل استقراء من نصوص الشريعة يفيد أن التحيل بالفعل المشروع في الظاهر إلى إبطال الأحكام الشرعية باطل شرعاً ، وهذه الأسس هي :

١ ـــ مخالفة قصد المتحيل لقصد الشارع : أسس الشاطبي بطلان الحيل على أن المحتال قصد ما ينافي قصد الشارع ، فبطل عمله ؛ ذلك أن قصد المكلف في العمل يجب أن يكون موافقاً لقصد الشارع ، وأن من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل . وقد أقام الأدلة على أن مخالفة قصد الشارع مبطلة للعمل (الموافقات جـ ٢ ص ٢٣١) .

٢ ـــ مآل الفعل المتحيل به مفسدة : أقام الشاطبي الأدلة القاطعة علي أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود للشارع ، ومضمون هذا الأصل أن المجتهد لا يحكم على فعل بالإذن أو المنع إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك

الفعل ، وإعمال هذا الأصل يؤدي إلى أن الفعل المشروع لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ يمنع منه إذا أدى استجلاب تلك المصلحة ودرء هذه المفسدة إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث مفسدة أكبر ، وبالمثل فإن الفعل غير المشروع لمفسدة تنشأ عنه أو لمصلحة تندفع به ، يشرع إذا أدى استدفاع المفسدة أو جلب المصلحة إلى مفسدة تساوي أو تزيد ، وهذا الأصل ينطبق على التحيل .

٣ ــ أصل عدم جواز التحيل لإسقاط حكم السبب بفعل شرط أو تركه ؛ إذا كان إعمال السبب يتوقف على فعل شرط أو تركه ؛ فإن قام المكلف بفعل ما يحقق ذلك الشرط أو يفوته تحصيلاً لمصلحة شرعية ، فإن فعل الشرط يترتب عليه أثره ، وأما إذا فعل المكلف هذا الشرط أو تركه من حيث كونه شرطاً دون قصد إلى تحصيل مصلحة شرعية ؛ وإنما قصداً لإسقاط حكم الاقتضاء في السبب ألا يترتب عليه أثره فهذا عمل غير مشروع ، وسعي باطل . فإذا توافر النصاب كان سبباً لوجوب الزكاة ، ولكن يتوقف هذا الوجوب على بقاء النصاب حتى يحول الحول ؛ فإذا ما أنفق المكلف النصاب قبل الحول للحاجة إلى إنفاقه أو أبقاه للحاجة إلى إبقائه ؛ فإن الأحكام التي تترتب على الأسباب تنبنى على وجود الشرط أو فقده ، أما إذا أنفقه من حيث إنه شرط لوجوب الزكاة قاصداً عدم ترتب آثار السبب عليه فإن هذا العمل غير صحيح . ولقد أقام الشاطبي الأدلة التي تفيد القطع في جملتها بأن فعل ما يحقق الشرط أو يعدمه بقصد إبطال حكم السبب فعل غير صحيح وسعي باطل ثم قال : « فإن هذا العمل يصير من عقد سبباً لحكم جلباً لمصلحة أو دفعاً لمفسدة عبثاً لا حكمة له ولا منفعة فيه ، وهذا مناقض لما ثبت في قاعدة المصالح وأنها معتبرة في الأحكام وأيضاً فإنه مضاد لقصد الشارع من جهة أن السبب لما انعقد سبباً وحصل في الوجود صار مقتضياً شرعاً لمسببه ولكنه توقف على حصول شرط هو تكميل للسبب ، فصار هذا الفاعل أو التارك بقصد رفع حكم السبب قاصداً لمضادة الشارع في وضعه سبباً ، وقد تبين أن مضادة

قصد الشارع باطلة ، فهذا العمل باطل . (الموافقات جـ٢ ص ٢٧٨) .

٤ ـــ انعدام الإرادة في العقد المتحيل به : إن ركن العقد هو الرضا ، ولما كان الرضا أمراً باطلاً لا يطلع عليه جعل الشارع مظنة الرضا وهي الصيغة قائمة مقام الرضا ؛ على أنه إذا ثبت أن العاقد الذي أتى بالصيغة قد قصد بها غير ما وضعت له ؛ فإن الرضا بالعقد يكون منعدماً ؛ إذ الصيغة لا تنعقد سبباً ؛ لترتب آثار العقد عليه ؛ إلا إذا قصدها العاقد غير مريد بها معنى يناقض موجبها ومعناها .

فعاقد الهبة بقصد التهرب من الزكاة لم يتوافر بالنسبة له الرضا بالعقد الذي أبرمه ؛ ذلك أنه قصد بالصيغة ما يناقض المعنى الذي وضعت له ؛ فلفظ الهبة إنما وضع لإرادة تمليك الواهب للموهوب له على سبيل الإرفاق والإحسان ، والواهب للنصاب لم يقصد باللفظ معناه الموضوع له شرعاً ؛ وإنما قصد به الهروب من دفع الزكاة ، ولم يضع الشرع لفظ الهبة للهروب من دفع الزكاة ، كما لم يضع لفظ النكاح لتحليل المطلقة ثلاثاً ؛ وإنما وضعه لدوام العشرة .

٥ ـــ بطلان التحيل على أساس الشرط المنافي : اتفق الفقهاء على أن العاقدين إذا شرطا ما ينافي مقتضى العقد أو مالا يحل شرعاً ؛ فإن الشرط حرام والعقد يبطل ، وقد وقف الشافعية والحنفية عند هذا الحد ، ولكن المالكية والحنابلة ساروا خطوة أبعد فقالوا : إن المتعاقدين إذا تواطئا على هذا الشرط واتفقا على مالو أظهراه في العقد لبطل ؛ فإن العقد يحكم ببطلانه إذا ظهر ذلك القصد ، واتضحت تلك النية بطريق من طرق الإثبات الشرعية ؛ في حين أن الفريق الأول وهم الشافعية والحنفية لم يجوزوا إبطال العقد قضاء حتى إذا ثبتت النية غير المشروعة وظهر الاتفاق على الشرط المنافي للعقد ، وذلك اعتماداً على الظاهر .

٦ ـــ دليل المنع من التحيل بالاستقراء : هناك نصوص شرعية يقطع مجموعها بالمنع من التحيل في الشريعة ، ونحن نورد بعض هذه النصوص جملة ؛ إذ

لايسعنا أن نأتي على جميعها ، ومن أراد المزيد فليرجع إلى كتابنا نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ص ٢٨٤ .

ونشير إلى تلك النصوص بما يلي :

١ ــ ما جاء في القرآن الكريم من آيات خاصة بالمنافقين والمرائين ؛ فقد ذم الله هذين الفريقين وتوعدهم بالعقوبة وشنع عليهم ، ويتمثل النفاق والرياء في أنهم أتوا أقوالاً أو أعمالاً للشارع ؛ منها قصد معين وهم يقصدون منها ما يناقض هذا القصد ، فالمنافق ينطق بكلمة الشهادة لا يقصد بها الخضوع في الظاهر والباطن لله ــ عز وجل ــ وإنما يقصد بها صيانة ماله وحقن دمه ، والمنافق يأتي بالعبادة لا يقصد بها التوجه إلى الله الواحد المعبود ولا نيل الثواب في الآخرة ؛ إنما قصده النيل من أوساخ الخلق أو من تعظيمهم أو من غير ذلك من حظوظ الدنيا .

٢ ــ ما جاء في القرآن الكريم خاصاً بأصحاب الجنة الذين أقسموا أن يصرموا جنتهم بليل حتى يمنعوا الفقير حقه ، وكان شرعهم يجعل للفقراء حقاً إذا حضروا الجذاذ ، وقد عاقبهم الله في الدنيا بإهلاك المال وعقوبة الآخرة أشد وأنكى ، والتحيل ومخالفة قصد الشارع في عملهم ظاهرة ؛ إذ أنهم ما قصدوا بالجذاذ في غيبة الفقراء مصلحة معينة يصح أن يقصدها الشارع ، وإنما انحصر قصدهم في حرمان الفقراء حقوقهم .

٣ ــ ومن ذلك ما جاء في القرآن الكريم في شأن أصحاب السبت الذين حرم عليهم الصيد في يوم السبت ، فحفروا حياضا تصلها قنوات بالبحر حتى تدخلها الحيتان يوم السبت ثم يحبسونها حتى يصيدوها في بقية أيام الأسبوع .

٤ ــ ما جاء في القرآن الكريم من النهي عن إمساك المرأة برجعتها قصداً إلى الإضرار بها ؛ فقد كان الزوج يطلق المرأة ويتركها حتى تشارف انقضاء العدة ، ثم يرتجعها ثم يطلقها حتى تشارف العدة ثم يرتجعها وهكذا ، ولا قصد له سوى الإضرار بها .

٥ ــ ما جاء في القرآن الكريم من اشتراط أن تكون الوصية بغير قصد الإضرار بالورثة ، وقد جاءت نصوص السنة مؤكدة لذلك ؛ فقد نهت عن جمع المتفرق وتفريق المجتمع خشية الصدقة ، وما جاء في السنة من تحذير المسلمين من فعل اليهود الذين استحلوا محارم الله بأدنى الحيل ؛ فقد حرم الله عليهم الشحوم ، فحملوها وباعوها وأكلوا أثمانها ، وما جاء في السنة من لعن المحلل والمحلل له ، والراشي والمرتشي ، وحرمة بيع العينة وهدية المديان وغلول الأمراء ، والبيع والسلف ومخالفة قصد الشارع في هذه واضحة والتحيل ظاهر .

الأصل السادس ــ الاستحسان :

عرف المالكية الاستحسان بأنه استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ؛ فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس (الاعتصام جـ ٢ ١٣٩). ويرى الشاطبي أن الاستحسان المالكي « معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس » ويعرفه ابن رشد بأنه « ما يكون طرحاً لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع » (الموافقات جـ ١ ص ٤٠) .

وخلاصة هذه التعريفات هي :

١ ــ أن الاستحسان لا يرجع إلى دليل العقل وحده ، ويؤكد ذلك ما قاله ابن العربي من أن ترك الدليل إنما يكون لدليل معارض أقوى . هذا الدليل قد يكون الإجماع أو العرف أو المصلحة المرسلة أو قاعدة رفع الحرج والمشقة . وقول الشاطبي : « إن الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس » فهذا صريح في أن الاستحسان هو استدلال بالمصلحة المرسلة التي شهدت النصوص الشرعية لجنسها ؛ وذلك في مقابلة القياس بمعنى القاعدة العامة أو الأصل ، لا بمعنى القياس الجزئي . فإذا كان القياس بمعنى القاعدة أو الأصل ــ المنع من الغرر في المعاملات جملة ، فإن المصلحة المرسلة تقضي بأن

الضرر اليسير في البيع لا يؤثر ، وذلك لأن في إبطال البيع مع الغرر كثيره وقليله سداً لباب البيع جملة ، وهو ضروري ، وفي المنع منه مشقة شديدة ، والشريعة شاهدة بمنع الحرج والمشقة من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أصل البيع ضروري أو حاجي ، ونفي الغرر مكمل لهذا الضروري أو الحاجي ، وقد شهدت نصوص الشريعة بأن المصلحة التكميلية إذا عادت على الأصل بالبطلان أهملت ، فهذا يقضي بترك القياس أو العموم لما يؤدي إليه من الحرج في بعض مقتضياته .

وبالجملة فإن القول بالمنع من الغرر جملة يؤدي إلى عدم تحصيل المصلحة المقصودة من هذا النص نفسه ، إذ منع الغرر جملة يسد باب البيع وهو المصلحة الأصلية ، وإذا فاتت المصلحة الأصلية فاتت المصلحة المكملة قطعاً ؛ لأنها مع المصلحة الأصلية كالصفة مع الموصوف .

أنواع الاستحسان :

بعض المالكية كابن العربي يجعل للاستحسان معنى واسعاً بحيث يدخل تحته العمل بأي دليل يعارض عموم النص أو اطراد القياس ؛ ولذلك يقسمه إلى استحسان بالعرف وبالإجماع ، وبأصل المصلحة المرسلة وبقاعدة نفي الحرج والمشقة .

١ ـ فأما ترك العموم للعرف فقد مثل له برد الأيمان إلى العرف ، فلو حلف لا يدخل بيتاً فإنه لا يحنث بدخول المسجد ، وإن كان قياس اللفظ لغة الحنث ؛ لأن المسجد يسمى بيتاً . فمالك يستحسن تخصيص العموم المستفاد من اللغة بالعرف والعادة في الاستعمال ، فقال : بعدم الحنث بدخول المسجد ، لأنه لا يسمى بيتاً في عرف التخاطب .

٢ ـ وأما ترك الدليل للمصلحة فقد مثل له بتضمين الأجير المشترك ، فإن الأصل في الأجير المشترك أنه أمين ، والأمين لا يضمن إلا إذا ثبت عليه التعدي ، إلا أن مالكاً استحسن ترك هذا الأصل لما فسدت الذمم وغلب على الأجراء التعدي والخيانة ؛ فكان هذا الغالب هو الذي جعل مالكاً يضع

الأجير في مركز المدعي الذي لا تقبل دعواه الهلاك دون بينة ، مع أن الأصل عندما كان الدين مسيطراً على النفوس أن الأجير مدعى عليه ؛ لأن الظاهر كان يشهد له ، وكان يقبل قوله في التلف دون بينة ، وبذلك يكون مالك بتضمينه الأجير المشترك قد استثنى هذه الصورة من القاعدة العامة أو الأصل ، بالمصلحة .

٣ ـــ وأما ترك الدليل للإجماع فقد مثلوا له بإيجاب القيمة على من قطع ذنب بغلة القاضي ، فإن هذا الحكم يعد استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن يغرم المعتدى قيمة ما ينقص باعتدائه من قيمة العين المعتدى عليها ، ووجه الاستحسان الذي كان سنده الإجماع أن بغلة القاضي تتخذ عادة للركوب لا لغرض آخر ، فقطع الذنب يفوت مصلحتها كلها بالنظر إلى هذا الوجه من وجوه الاستعمال الخاص ، فهي كالعدم بالنسبة للقاضي فكأنه فوتها عليه . ولما كان التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب القاضي من قطع ذنب بغلته وهو ما يكفي لشراء دابة أخرى ، ضمن القاطع قيمة الدابة كلها .

٤ ـــ وأما ترك الدليل لقاعدة رفع الحرج والمشقة ، فقد مثل له بترك مقتضى الدليل في التافه اليسير ، وذلك رفعاً للمشقة وإيثاراً للتوسعة على الخلق ، كإجازة المالكية دخول الحمام من غير تقدير أجرة ، ولا تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل . والأصل في كل هذا هو المنع ، ولكنهم قالوا : « إن هذه الأشياء إن لم تكن مقدرة بالعرف فإنها تسقط بالضرورة ، وهناك قاعدة فقهية ، وهي أن نفي الغرر جملة في العقود لا يقدر عليه ، وهو يضيق أبواب المعاملات ، وهو إنما يطلب تكميلاً ورفعاً لما عسى أن يقع من النزاع . فهو إذن من المكملات ، والمكملات إذا أدى اعتبارها إلى إبطال أصل المصالح سقطت جملة ، تحصيلاً للمهم ، فوجب أن يسامح في بعض أنواع الغرر التي لاينفك عنها البيع غالباً ؛ إذ لو طلب من المكلف الانفكاك عنها لشق عليه ذلك .

وقد أمعن مالك في هذا الباب وبالغ فيه ، فجوز أن يستأجر الأجير بطعامه

وإن كان غير مقدر ، لأن الغرر فيه يسير يتسامح في مثله ، ولا يؤدي إلى النزاع غالباً ، وفرق بين تطرق يسير الغرر إلى الأجل فأجازه ، وبين تطرقه للثمن فمنعه ، فقال بجواز شراء السلعة إلى الحصاد ، ولو باع بما يقارب الدرهم لا يصح ، لأن الأثمان لا يتسامح فيها ولا يترك تقديرها إلى العرف في الغالب ، بخلاف الأجل فإن الدائن قد يتسامح في الأجل الأيام ولا يسامح في الثمن .

ففي هذه الفروع نرى أن معنا فرعاً كان يمكن إرجاعه إلى القواعد في الظاهر ويحكم فيه بمثل ما حكم به في نظائره مما يدخل تحت هذه القواعد ، ولكن لما كان إرجاعه إلى هذه العمومات والقواعد يفوت مصلحة شهدت لها النصوص في الجملة ، أو يخالف قاعدة رفع الحرج والمشقة ، أو على خلاف إجماع أو عرف عدل عن إدخاله تحت عموم الدليل وأعطى حكماً يحقق المصلحة ويرفع الحرج أو يتفق مع العرف والإجماع .

وبعض المالكية يقصر الاستحسان على نوع واحد ، وهو ترك مقتضى الدليل للمصلحة أو تقديم الاستدلال المرسل على القياس بمعنى القاعدة ، وذلك كما فعل الشاطبي نفسه وما حكاه عن بعض المالكية من أن الاستحسان هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل القياس الكلي ، وبذلك يخرج الاستحسان بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج . ولكن قاعدة رفع الحرج والمشقة راجعة إلى مصلحة مرسلة شهدت لها النصوص الشرعية في الجملة ، كما أن العرف يمكن إرجاعه إلى المصلحة من حيث إن عدم اعتبار عرف الناس وعاداتهم في المعاملات يؤدي إلى حرج ومشقة شديدة ، وأن الإجماع في المثال المذكور ظاهر أن سنده المصلحة أيضاً .

وأما تفسير القرافي للاستحسان بأنه طرح قياسي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع ، فإنه يحتمل أن يقصد بذلك المعنى الذي طرح القياس لأجله المصلحة المرسلة خاصة ، كما يحتمل أن يكون العرف أو الإجماع أو دفع الحرج والمشقة كذلك . فإذا كان القياس يقضي بمنع الغرر جملة ، فإن إجراء هذا القياس إلى نهايته

يؤدي إلى القول بالمنع من بيع كثير مما جاز بيعه وشراؤه كبيع الجوز واللوز في قشرها ، وكذلك بيع المغيبات في الأرض كلها ، بل يمتنع بيع كل ما فيه شيء مغيب كالديار المغيبة الأسس وما أشبه ذلك مما لا يحصى ولم يأت فيه نص بالجواز ، ومثل هذا لا يصح فيه القول بالمنع أصلاً ؛ لأنه يؤدي إلى التضييق والحرج والمشقة الشديدة . فهنا يقال : إن القول بالمنع من الغرر جملة ، يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، ومن ثم تحكم بأن القياس لا يطرد بالنسبة للغرر اليسير الذي يتسامح فيه الناس غالباً ولا يؤدي إلى النزاع . والمعنى الذي طرح لأجله هذا القياس والذي يختص بهذا الموضع هو رفع الحرج والمشقة والتوسعة على الخلق بترك مقتضى الدليل في اليسير . فالمجتهد يجد أمامه عموم نص أو قياس ، ويجد أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن هذا يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه في بعض المواضع ، ومعنى الغلو والمبالغة هو إلحاق الضرر والعنت والمشقة بالناس . وعند ذلك يطرح المجتهد هذا القياس فلا يجريه في هذا الموضع ، دفعا لهذا الحرج ومنعاً لهذه المشقة ، وهو إعمال لقاعدة الحاجيات في الضروريات ، ولذلك جاء عن مالك : « إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة » (الاعتصام ٢ : ١٣٨) .

دليل أصل الاستحسان :

لقد عرض الشاطبي الأدلة الشرعية التي تفيد في مجموعها القطع باعتبار الشارع لأصل الاستحسان فقال : « وله في الشرع أمثلة كثيرة ، كالقرض مثلاً ، فإنه رباً في الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيح لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين ، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين ، ومثله بيع العرية بخرصها تمراً ، فإنه بيع الرطب باليابس ، لكنه أبيح لما فيه من الرفق ودفع الحرج بالنسبة إلى المعرى والمعترى ، ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة لمنع الإعراء كما أن ربا النسيئة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه ، ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمشقة ، وجمع المسافر ، وقصر الصلاة ، والفطر في السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر الرخص التي على هذا السبيل ، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد

على الخصوص حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك ، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان الواجب رعي هذا المآل إلى أقصاه ، ومثله الاطلاع على العورات للتداوي ، والقراض والمساقاة والسلم ، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع » ، ثم قال : « هذا نمط من الأدلة على صحة القول بهذه القاعدة وعليها بنى مالك وأصحابه » .

علاقة الاستحسان بالنص :

الاستحسان يرجع إلى النصوص الشرعية من ناحيتين :

أولاهما : أن قاعدة الاستحسان أخذت من عدة أدلة بطريقة الاستقراء المفيد للقطع كما تقدم ، فالعمل بها عمل بهذه النصوص وليس قولاً بالرأي ولا تشريعاً بالتشهي ، والعام الاستقرائيّ كالعام صيغة كما تقدم .

ثانيتهما : أن المجتهد في كل استحسان يرجع إلى دليل شرعي ؛ إما الإجماع أو العرف أو المصلحة المرسلة وإما قاعدة رفع الحرج . وكلها أدلة شرعية معتبرة ، وترجع كلها إلى أصل اعتبار المصالح في الأحكام كما سبق .

معنى تخصيص النص وترك القياس بالمصلحة في عبارات المالكية :

يقرر فقهاء المالكية أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكاً يستحسن أن يخص بالمصلحة ، وأن الاستحسان ترك مقتضى الدليل للمصلحة . والمصلحة التي يقصدها المالكية هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وأنها أصل كلي أخذ من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع . وبذلك يكون التخصيص للعموم بجملة النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار والأدلة التي أخذت في استقراء الأصل الكلي القطعي ، وليست هي المصلحة المجردة التي يراها العقل .

وقد رد الشاطبي على من زعموا أن الاستحسان هو ما يستحسنه المجتهد بعقله ويميل إليه بطبعه ، وذكر أن ذلك لم يقع التقيد به لا بضرورة ولا بنظر ولا بدليل من الشرع قاطع ولا مظنون ؛ فلا يجوز إسناده لحكم الله ؛ لأنه ابتداء تشريع من جهة العقل .

التوفيق بين قول المالكية بإلغاء المصلحة التي تخالف النص وقولهم إن الاستحسان ترك لمقتضى الدليل بالمصلحة :

لقد رمى بعض الكتاب المحدثين المالكية بالتناقض ؛ لأنهم يصرحون بأن المصلحة المصادمة للنص مصلحة ملغاة ، ثم يصرحون في باب الاستحسان بأنه ترك مقتضى الدليل للمصلحة ، ويصرحون كذلك بأن العموم إذا استمر فإن مالكاً يستحسن تخصيصه بالمصلحة . فكأن المالكية يعتبرون المصلحة في مقابلة العموم في باب الاستحسان في حين أنهم ألغوا المصلحة المناقضة للنص في باب المصلحة . والواقع أنه لا تناقض في كلام المالكية لما يأتي :

المصلحة التي تقدم على القياس والعموم هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ومعنى الملاءمة أنها لاتنافي أصلاً من أصوله ولاتناقض دليلاً من أدلته . وهذا يدل على أنهم يقصدون بالعموم والقياس الذي يخص بالمصلحة في باب الاستحسان العموم والقياس بمعنى تحقيق المناط ، لا بمعنى الدليل أو النص الشرعي . ففي تضمين الأجير المشترك ، وهو مثال تخصيص العموم بالمصلحة لانجد نصاً يشمل بعمومه عدم التضمين ، إذ أن مناط الضمان هو التعدي لقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ . وهذا النص يقرر حكماً موضوعياً لا كلام فيه ، وإنما الكلام في إثبات هذا العدوان ، وهنا نجد نصاً آخر هو قوله عليه السلام : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وقد كان تطبيق مناط هذا الدليل يقضي بعدم الضمان على الأجير المشترك إذا ادعى الهلاك ، لأن الظاهر كان يشهد له في زمن كان للدين فيه سلطان قوي على النفوس ، فهو مدعى عليه ، ولكنا تركنا هذا العموم محافظة على الأموال وقلنا إنه مدع بعد أن غلب على الصناع التعدي والخيانة والتقصير ، إذ الظاهر يشهد لرب السلعة في هذه الحالة فكان مدعى عليه والأجير مدع ، فالكلام إذن في دليل تحقيق المناط وليس في نص شرعي قدم العمل بالمصلحة عليه . وفي هذا يقول الشاطبي (الاعتصام ٢:١٦١) « اعلم أن كل مسألة تفتقر إلى نظرين : نظر في دليل الحكم ونظر في مناطه ، فأما النظر في دليل الحكم فلا يمكن أن يكون

إلا من الكتاب والسنة أو ما يرجع إليهما من إجماع أو قياس أو غيرهما ، وأما النظر في مناط الحكم ، فإن المناط لا يلزم أن يكون ثابتاً بدليل شرعي فقط ، بل يثبت بدليل شرعي أو بغير دليل » .

ويقال مثل ذلك في ترك الدليل في التافه اليسير لرفع الحرج ، فإننا لا نقصد بالدليل النص الذي أفاد الحكم الشرعي والذي ترك للتوسعة ورفع الحرج ، وإنما نقصد تحقيق مناط الدليل الشرعي ، فالحديث ورد بالنهي عن الغرر مطلقاً ، فاحتاج مالك إلى استنباط مناط هذا الحديث ثم تحقيق هذا المناط في الوقائع التي ليس فيها نص حكم للشارع فقال (الموافقات ١ : ٨٩) : « ليس المراد من الحديث نفي كل ما يطلق عليه غرر لغة ؛ لأنه قد ثبت عن الشارع جواز بيع الجوز واللوز والدور المغيبة الجدران ، وفي كل هذا ضرب من الغرر ، وإنما المقصود من الغرر في الحديث : الغرر الذي يؤدي إلى التنازع ولا يتسامح فيه غالباً ؛ وبذلك أجاز الغرر اليسير الذي لا يؤدي إلى التنازع ويتسامح فيه غالباً وللأصوليين قاعدة مضمونها أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص صح تحكيمه في النص بالإخراج منه والزيادة عليه » .

وبالمثل فإن إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي ليس عملاً بالإجماع أو المصلحة المخالفة للنص الشرعي إذ النص الشرعي كما سبق هو قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ ، وهو يقضي بأن على المعتدي جزاء اعتدائه ، وهذا يفيد أن على المعتدي أن يعوض المعتدي عليه عن الضرر الذي أصابه في ماله نتيجة اعتدائه ، فإذا فاتت العين بالكلية فلمالكها طلب كامل القيمة اتفاقاً ، أما إذا أدّى الاعتداء إلى نقص يسير منها فليس له طلب القيمة كلها ، بل ما يقابل النقص ، ثم اختلفوا فيما إذا كان الاعتداء مفوتاً لمنافع العين المقصودة . فمالك يلحق حالة ما إذا ذهب جل منفعة العين ، كقطع ذنب بغلة القاضي ، بما إذا ذهبت العين بالكلية ، لأنه يرى أن مناط الضمان هو الضرر الذي أصاب المالك شخصياً وذلك بحسب الاستعمال المعدة له العين المعتدي عليها ؛ وهذا استثناء من القاعدة عنده ، وهو أن الشخص لا يلزم إلا بقيمة التالف . فهذا لا يرجع إلى ترك نص شرعي .

والخلاصة أن النص قد دل على قاعدة مضمونها أن المعتدي يلزم بضمان ما أتلفه ، وعند تطبيق هذه القاعدة على حالة ما إذا أدى الاعتداء إلى ذهاب جل منفعة العين كقطع ذنب الدابة التي يركبها القاضي مثلاً ، نرى الفقهاء يختلفون ؛ فيرى المالكية أنه يضمن الجميع ، ويقول الشافعي وأحمد ليس له إلا ما نقص ، ويقول أبوحنيفة في الثوب والعين كقول المالكية في الأكثر فإذا ذهب النصف أو الأقل باعتبار المنفعة عامة ؛ فليس له إلا ما نقص .

وهذا الخلاف لا يرجع إلى الحكم الشرعي الذي دلت عليه النصوص ، وإنما إلى تطبيق مناط هذا الحكم ، ففي قطع ذنب بغلة القاضي ، يرى المالكية أن الجاني ملزم بتعويض القاضي عن الدابة كلها ، لأن قيمة الدابة كلها قد فاتت ؛ لأن الغرض منها الركوب وقد فات هذا الغرض . ويرى غيره أن الدابة لم تفت كلها ، لأنه يمكن الانتفاع بها بحسب الغرض العام لا بحسب الاستعمال الخاص .

فالكل متفق على أن الجاني يضمن قيمة مافات على صاحب العين ثم يختلفون في الغائب في هذه الحالة ، فمالك يحكم الاستعمال الخاص وغيره بحكم الاستعمال العام ، فبالنظر إلى القاعدة العامة التي توجب الضمان على المعتدي في حدود النقص فقط سمى المالكية الاستثناء الذي يوجب الضمان لجميع القيمة في هذه المسألة استحساناً .

أصل اعتبار المآل وبعض التطبيقات التي ترجع إليه

مضمون هذا الأصل :

يقول الشاطبي في مضمون هذا الأصل : « النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود للشارع ، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة ، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يئول إليه ذلك الفعل ، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنه عذب المذاق ، محمود الغِبّ جار على مقاصد الشريعة » (الموافقات ٤ : ١٩٥) .

أمثلة هذا الأصل :

١ ـ جاء النص الشرعي بالإذن بالبيع لما يترتب عليه من المصالح ؛ لأن الشارع لا يشرع الأحكام عبثاً ، وهذه المصلحة هي حاجة البائع إلى الثمن وحاجة المشتري إلى السلعة ، فإذا باع شخص سلعة بعشرة إلى أجل ثم اشتراها قبل الأجل بخمسة نقداً ، فإن مآل هذا البيع يحقق مفسدة هي الإقراض بالربا ، ولم تحقق مصالح البيع . وفي هذا يقول الشاطبي : « لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء » .

٢ ـ الهبة عقد مشروع لمصالح قصدها الشارع منه هي الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له ، والتوسيع عليه غنياً أو فقيراً ، وجلب مودته وألفته ، ودفع

رذيلة الشح والبخل عن الواهب ، فإذا وهب شخص جزءاً من ماله في آخر الحول هرباً من الزكاة ، ثم إذا كان في حول آخر استوهبه ، فإن المصالح التي لأجلها شرع الله الهبة ليست موجودة ، بل الهبة في هذه الحالة أدت إلى نقيض تلك المصالح ؛ لأنها تقوية لرذيلة الشح ، ورفع لمصلحة الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له ، فالعقد في الأصل مشروع لمصلحة ولكن له مآل بخلاف ما قصد منه ، بل إن مآل هذه الهبة المنع من الزكاة ، وهو مفسدة أو فوات مصلحة تربى على المصلحة التي قصدت بشرع الهبة ، هذا إذا فرضنا أن هناك مثل هذه المصلحة .

٣ ــ جاءت النصوص الشرعية بوجوب طلب الحلال وتحري طرقه ، والتحرز من الشبهات ، فإذا تبين للمكلف أن النكاح يلزمه طلب قوت العيال ونفقة الزوجة مع ضيق طرق الحلال واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وأنه قد يلجأ إلى الدخول في التكسب لهم بما لايجوز ، فإن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يقتضي المنع من الزواج لما يلزم من المفاسد المتوقعة ، ولكن المنع من الزواج يؤول إلى فوات مصالح أهم أو حدوث ضرر أكبر ، ذلك أن أصل النكاح يحصل مصالح خيرية هي حفظ النسل فضلاً عن أن التحرز من مفسدة التكسب الحرام قد يؤدي إلى الوقوع في مفسدة أشد هي الزنا ، فاغتفر الله الأول خشية الوقوع في هذا المآل .

أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل :

أقام الشاطبي الأدلة القاطعة على اعتبار الشارع لهذا الأصل ، ثم عند التفريع على هذا الأصل وذكر طرق الاجتهاد التي تبنى عليه كالذرائع والاستحسان والمنع من التحيل عاد فأقام أدلة أخرى على هذه الطرق ، كما تقدم ، وإليك بعض الأدلة التي تثبت اعتبار الشارع لهذا الأصل وتدل دلالة قطعية على أنه مقصود للشارع :

١ ــ التكاليف الشرعية مشروعة لمصالح العباد ، ومصالح العباد إما دنيوية أو أخروية ، أما الأخروية فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من أهل

النعيم ، لامن أهل الجحيم ، وأما الدنيوية فإن الأعمال مقدمات لنتائج هي المصالح ، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع ، والمسببات هي مآلات الأسباب ، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب ، وهو معنى النظر في المآلات .

٢ ــ مآلات الأفعال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأفعال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال ، وذلك غير صحيح ، لما تقدم أن التكاليف شرعت لمصالح العباد ، ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد ، وأيضاً فإن ذلك يؤدي إلى ألا تتطلب مصلحة بفعل مشروع ، ولانتوقع مفسدة بفعل ممنوع وهو خلاف وضع الشريعة .

٣ ــ الاستقراء التام لأدلة الشريعة يفيد أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ والَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة آية : ٢١) . وقوله تعالى : ﴿ ... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة آية : ١٨٣) . وقوله تعالى : ﴿ ولَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بالبَاطِلِ وتُدْلُوا بِهَا إِلَى الحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ ... ﴾ (البقرة آية : ١٨٨) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللهِ فَيَسُبُّوا اللهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ... ﴾ (الأنعام آية :١٠٨) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَكُم فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ (البقرة آية : ١٧٩) إلى غير ذلك من النصوص التي تفيد القطع .

بهذه الأدلة بين الشاطبي أن هذا الأصل مقصود للشارع ، فالبناء عليه والتفريع على أساسه ، بناء على أصل قد علمت ملاءمته لتصرفات الشرع ، لا من دليل واحد ، وإنما من مجموع أدلة أفادت في مجموعها القطع .

ولقد تقدم أن الشاطبي قد أقام الأدلة القطعية على حجة القواعد والأصول التي تدخل تحت هذا الأصل ، كالذرائع والاستحسان والحيل ، وحيث إن

المصلحة المرسلة نفسها ، والذرائع ، والاستحسان ، والحيل ، وغيرها من طرق الاجتهاد ومناهج الاستنباط القائمة على أصل اعتبار المصالح في الأحكام ، وأن النظر في مآلات الأفعال مقصود للشارع ، حيث إن هذه القواعد قد تقدمت فسوف أعرض بعض القواعد أو الأصول الأخرى بإيجاز :

بعض القواعد الأصولية التي مرجعها أصل اعتبار المآل

ذكر الشاطبي بعض القواعد الأصولية التي ترجع إلى أصل اعتبار المآل ، وهو أصل يرجع إلى اعتبار المصالح في الأحكام ، ونحن نذكرها بإيجاز :

أولها : قاعدة إبقاء الحالة على ما وقعت عليه .

الأصل أن الفعل المخالف للشرع ، والذي يعد اعتداء على مصلحة شرعية معتبرة يمنع فيه الفاعل متى أمكن ذلك المنع قبل وصول المخالف إلى غايته ؛ حتى لا تفوت المصلحة بالكلية أو لاتتحقق المفسدة كاملة ، والأصل كذلك أنه إذا تم الفعل المخالف ، فإنه يقع باطلاً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار التي تترتب على الفعل الموافق للشرع ؛ إلا أنه إذا كان المنع من هذا الفعل المخالف يسبب للفاعل ضرراً أشد أو يفوت عليه مصلحة أهم من المصلحة التي قصد بالمنع من الفعل المخالف المحافظة عليها ؛ فإن المجتهد يفتي بعدم المنع من الفعل . وحديث البائل في المسجد تنبيه على هذا المعنى فإن النبي عليه السلام أمر بتركه حتى يتم بوله ؛ لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه ولحدث من ذلك داء في بدنه فترجح تركه على ما فعل من المنهى عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر وبأنه ينجس موضعين وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد .

وكذلك فإن الفقيه يرتب على الفعل الذي وقع مخالفاً بعض الآثار ، إذا كان في عدم ترتيب هذه الآثار فوات مصالح أهم أو حدوث أضرار ومفاسد أكبر ، وقد وقع التنبيه على ذلك في حديث ترك تأسيس البيت على قواعد إبراهيم ؛ فإن الرسول عليه السلام امتنع عن هدمه وبنائه على قواعد إبراهيم ، جاعلاً جميع الأحكام مترتبة على أن هذا هو البيت مع أنه مؤسس على غير

قواعده ؛ لأن في هدمه ، أو الحكم بعدم جواز التوجه إليه ضرراً أشد ومفسدة أكبر .

وكذلك قوله عليه السلام : « أي امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل باطل باطل » ، ثم قوله : « فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من بضعها » ، وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه ، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب وتحرم به المصاهرة .

وفي تقرير هذه القاعدة يقول الشاطبي : « ومن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة ، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضي النهي ، فيترك وما فعل من ذلك ، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل ، نظراً لأن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة . وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه ، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي ، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع ، لما اقترن به من القرائن المرجحة ، وهذا كله نظر إلى مايئول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد » (الموافقات ٤ : ٢٠٥) .

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

١ ــ النكاح الفاسد بسبب يرجع إلى الصداق تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه قبل الدخول ولا تقع الفرقة بعد الدخول مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح . وهناك حالات بطلان في عقد الزواج يفرق فيها بعد الدخول وقبل إنجاب الأولاد ، فإن تم الإنجاب فلا تفريق .

٢ ــ الأصل أن بيع المدبر لا يجوز للحديث الوارد في النهي عنه ، ولكن مالكاً يصحح هذا البيع ويرتب عليه آثاره إذا أعتق المشتري العبد ، ذلك لأن الحكم بالبطلان في هذه الحالة لا يحقق المصلحة التي شرع لتحقيقها ، وهي حماية حق العبد في العتق ، بل إن القول بالبطلان يسبب ضرراً للعبد المدبر إذ يحرمه من العتق الناجز .

٣ ـــ يصحح عند مالك العقد الباطل لمصلحة الغير إذا أسقط ذلك الغير حقه مع أن الأصل أن الإنسان غير مسلط على التصرف في ملك الغير دون إذن صاحب الحق ، لأن إذنه يعني أن له مصلحة في العقد ، فالقول بالبطلان مع إذن صاحب الحق تفويت لمصلحة .

٤ ـــ تنفيذ تصرفات البغاة وأئمة الجور ، مع أن الأصل في تصرفاتهم البطلان لعدم الولاية ، قطعاً أو ظناً . وهذا حكم بترتب الآثار على التصرف بعد وقوعه ، وإن وجب الحكم ببطلان ذلك ابتداء ؛ وذلك لما في عدم إمضاء هذه التصرفات من المفاسد الراجحة .

٥ ـــ نفوذ قضاء من تولى القضاء من غير الإمام الشرعي إذا حكم بمقتضى الشرع . وفي هذا يقول العز بن عبدالسلام : (القواعد الكبرى ١ : ٧٣) . « ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله ، جلباً للمصالح العامة ودفعا للمفاسد الشاملة » . فهنا نجد الفقيه يحكم بنفاذ القضاء بعد وقوعه ، مع حكمه ببطلان تولية الكفار القضاء لمسلم ابتداء .

في كل هذه الأفعال نجد أن العمل مخالف ، وكان الأصل ألا تترتب عليه آثاره ؛ ولكن لما كان في عدم ترتب هذه الآثار ضرر أشد ومفسدة أعظم قيل بترتب بعض الآثار نظراً إلى الواقع ؛ ولذا يقول العز بن عبدالسلام : (القواعد الكبرى : ١ : ٩١) « والذي أراه في ذلك أننا نصحح تصرفهم ـــ الولاة الفسقة ـــ الموافق للحق مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية كما نصحح تصرفات إمام البغاة مع عدم إمامته ، لأن ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها ، والضرورة في خصوص تصرفاته ، فلا نحكم بصحة الولاية فيما عدا ذلك ، بخلاف الإمام العادل ؛ فإن ولايته قائمة في كل ما هو مفوض إلى الأئمة » .

ثانيا : قاعدة تقييد الشخص في استعمال حقه .

وخلاصة هذه القاعدة أن المجتهد ينظر إلى مآل استعمال الشخص لحقه الذي قرره له الشارع ؛ فإذا تبين أن الشخص لم يستعمل حقه إلا للإضرار

بغيره ؛ وذلك كما إذا كان يستطيع أن يستعمل حقه بطريقة لا تضر أحداً ، ولكنه اختار هذه الطريقة بقصد الإضرار بغيره ، فإن المجتهد يحكم بالمنع من هذا الفعل عملاً بقاعدة أو أصل اعتبار المآل . أما إذا لم ينحصر استعمال الحق في قصد الإضرار بالغير ، بل كان الشخص قاصداً مصلحة نفسه من الفعل وصحب هذا القصد قصد الإضرار بالغير ، فإن على الفقيه أن يجرى موازنة بين الحقين ، وذلك على أساس قوة المصالح التي تستعمل هذه الحقوق لحمايتها ؛ فيقدم مصلحة الجماعة في دفع الأضرار العامة على مصلحة الشخص في استعمال حقه ، ويقدم الحق الذي يستعمل محافظة على النفس على الحق الذي يستعمل محافظة على المال ، والمصلحة الحاجية على التحسينية وهكذا كما تقدم في قاعدة الذرائع (انظر الموافقات ٢ : ٣٤٨) .

ثالثها : قاعدة الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجية وإن اعترض طريقها بعض المنكرات .

ويمكن التمثيل لذلك بتعاطي البيع والشراء والتعامل مع الناس والإقدام على الزواج مع تعرض المسلم في كل هذه المعاملات لبعض المنكرات ، ووقوعه في الشبهات ، وذلك لما في ترك هذه المصالح الضرورية والحاجية من الفساد والضرر الذي يربو كثيراً على مصلحة التحرز من المنكرات واتقاء الشبهات ، وليعمل جهده في تحري وجه الكسب الحلال ، أما أن يترك البيع والشراء والزواج والمعاملات حذرا من الوقوع في بعض المناكر التي عمت في الأسواق وبعداً عن بعض الشبهات في طرق الكسب فذلك لا يجوز ؛ لأنه ترك لمصلحة أصلية تشوفاً لمصلحة كمالية ، والمكمل إذا عاد على أصله بالبطلان لا يلتفت إليه . وفي ذلك يقول الشاطبي : (الموافقات ٢ : ٣٤٨) . « إن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجية والتكميلية إذا اكتنفتها من خارج أمور لا ترضي شرعاً ، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج ، كالنكاح الذي يلزمه طلب قوت العيال مع ضيق طرق الحلال واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وكثيراً ما يلجئ إلى الدخول في الاكتساب لهم بما لا يجوز ولكنه غير مانع لما يؤول إليه التحرز من المفسدة المربية على توقع مفسدة

التعرض ، ولو اعتبر مثل هذا في النكاح في مثل زماننا لأدى إلى إبطال أصله ، وذلك غير صحيح ، وكذلك طلب العلم إذا كان في طربقه مناكر يسمعها طالب العلم وشهود الجنائز وإقامة الوظائف الشرعية إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة ما لا يرتضى ، فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها ، لأنها أصول الدين وقواعد المصالح ، وهو المفهوم من مقاصد الشارع » .

رابعها : قاعدة تحقيق المناط الخاص .

ومعنى هذه القاعدة أن الشارع حكم على أفعال المكلفين مطلقة ومقيدة ، وعلى المجتهد إذا عرضت عليه واقعة أن يطبق الحكم الشرعي الوارد فيها عن الشارع مع ملاحظة القيود والملابسات الخاصة بهذه الواقعة ، بحيث لا يحكم حكماً واحداً في جميع الظروف والأحوال على هذه الواقعة . وقد مثل الشاطبي لذلك بالزواج ؛ فإن الشارع قد حكم بأنه مطلوب في الجملة ، فإذا سئل المجتهد عن حكم الزواج قال : إنه مطلوب طلب الندب ، ولكن إذا ابتغاه شخص معين فإنه ينظر إلى ظروفه الخاصة ، فإذا تبين له أن هذا الشخص يتحقق من الوقوع في الزنا إذا لم يتزوج أفتاه بأن الزواج واجب عليه ، وإذا تبين له أنه لا يخشى الوقوع في الزنا وهو غير قادر على نفقات الزواج أفتاه بالمنع منه ، وهكذا أصل الحكم واحد ، وهو أن الزواج مطلوب طلب الندب ، لكن يختلف تحقيق مناطه الخاص في الأفراد بحسب الظروف والملابسات التي تحيط بكل مكلف على حدة . وفي بيان هذه القاعدة يقول الشاطبي : (الموافقات : ٤ : ١٩٨) . « وعلى الجملة فتحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية ؛ فهو أي المجتهد يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها ؛ بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف فكأنه يخص عموم التكاليف والمكلفين بهذا التحقيق » .

مطابع سحر
المملكة العربية السعودية - جدة - المدينة الصناعية
تليفون
٦٣٧٠٠٨١
٦٣٧٠٠٧٣

البنك الإسلامي للتنمية هاتف ٦٣٦١٤٠٠ فاكس ٦٣٧٨٩٢٧ / ٦٣٦٦٨٧١
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب تلكس ٦٠١١٣٧ / ٦٠١٩٤٥ برقياً : بنك إسلامي
ص.ب ٩٢٠١ جدة ٢١٤١٣